بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

العروة الوثقى

للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي قدس سره

وبهامشها تعليقات

آية الله العظمى الأنام الخميني قدس سره
آية الله العظمى السيد الخوئي قدس سره
آية الله العظمى السيد السيستاني قدس سره
آية الله العظمى الشيخ الصانعي قدس سره
آية الله العظمى الشيخ اللنكراني قدس سره

المجلد الرابع

الناشر : منشورات ميثم التمّار
تحقيق : مؤسسة فقه الثقلين الثقافية
المطبعة : مطبعة الزيتون
الطبعة : الأولى / ١٤٢٧ هـ.ق
الكمية : ١٠٠٠ نسخة
السعر : ٤٠٠٠ تومان

منشورات ميثم التمّار

العنوان: قم المقدسة، شارع الشهيد محمد المنتظري، الفرع الثامن، رقم ٨
صندوق البريد: ٥٥٧/ ٣٧١٨٥ - تلفكس: ٧٧٣٢٩٨٢ (٢٥١ـ٩٨+)
عنوان الانترنت: www.m-tammar-ir

حقوق الطبع محفوظة للناشر

شابک دوره : ٩٦٤-٥٥٩٨-٩٤-x
شابک جلد : ٩٦٤-٥٥٩٨-٩٠-٧

العروة الوثقى

للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي قدس سره

وبهامشها تعليقات

آية الله العظمى الإمام الخميني قدس سره
آية الله العظمى السيد الخوئي قدس سره
آية الله العظمى السيد السيستاني مدظله
آية الله العظمى الشيخ الصانعي مدظله
آية الله العظمى الشيخ اللنكراني مدظله

المجلد الرابع

تحقيق:
مؤسسة فقه الثقلين الثقافية

مؤسسة فقه الثقلين الثقافية

العنوان : ايران - قم

شارع الشهيد محمّد المنتظري ، الفرع الثامن ، رقم ٨

الهاتف: ٧٨٣٢٨٠٢ ـ (٢٥١ـ ٩٨+) الفاكس: ٧٨٣٢٨٠٣ ـ (٢٥١ـ ٩٨+)

عنوان الإنترنت Site:
www.feqh.org

البريد الإلكتروني: E-mail
feqh@feqh.org

العروة الوثقى

للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي قدس سره

مؤسسة فقه الثقلين الثقافية
www.fegh.org
الهاتف: ٧٨٣٢٨٠٢ (٢٥١ـ٩٨+)

الفهرس

كتاب الإجارة / ٩ ـ ٨٨

فصل في أركانها ١١
فصل [في أحكام عقد الإجارة] ٢٣
فصل [في أحكام العوضين] ٣١
فصل [الضمان في الإجارة] ٤٤
فصل [في الإجارة الثانية] ٥١
فصل [في مسائل متفرّقة] ٦٣
فصل [في التنازع] ٧٥
خاتمة [فيها مسائل] ٧٩

كتاب المضاربة / ٨٩ ـ ١٧٢

فصل [في معنى المضاربة وشرائطها وأحكامها] ٩١
مسائل [متفرّقة] ١٤٩
فصل [في أحكام الشركة] ١٦٣

كتاب المزارعة / ١٧٣ ـ ٢٠٨

فصل [في معنى المزارعة وشرائطها وأحكامها] ١٧٥
فذلكة ١٩٧
مسائل متفرّقة ٢٠٥

كتاب المساقاة / ٢٠٩ ـ ٢٣٦

فصل [في معنى المساقاة وشرائطها وأحكامها] ٢١١
تذنيب ٢٣٦

كتاب الضمان / ٢٣٧ ـ ٢٦٨

فصل [في معنى الضمان وشرائطها وأحكامها] ٢٣٩
تتمّة [في صورة التنازع] ٢٦٥

كتاب الحوالة / ٢٦٩ ـ ٢٨٤

فصل [في معنى الحوالة وشرائطها وأحكامها] ٢٧١

كتاب النكاح / ٢٨٥ ـ ٤٠٢

فصل [في فضل النكاح وآدابه] ٢٨٧
فصل فيما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجة ٣٠٥
فصل [في وطء الزوجة الصغيرة] ٣١٠
فصل [في ما يجوز من عدد الزوجات] ٣١٥
فصل [في التزويج في العدّة] ٣١٩
فصل من المحرّمات الأبدية التزويج حال الإحرام ٣٣٣
فصل في المحرّمات بالمصاهرة ٣٣٧
فصل [في الجمع بين الحرّة والأمة] ٣٥٣
فصل [في نكاح العبيد والإماء] ٣٥٥
فصل في الطوارئ ٣٦٤
فصل في العقد وأحكامه ٣٦٧
فصل في مسائل متفرّقة ٣٧٥
فصل في أولياء العقد ٣٨٥

كتاب الوصيّة / ٤٠٣ ـ ٤٢٣

فصل [في معنى الوصيّة وأحكامها وشرائطها] ٤٠٥
فصل في الموصى به ٤١٩

كتاب الإجارة

وهي تمليك[1] عمل أو منفعة[2] بعوض، ويمكن أن يقال: إنّ حقيقتها: التسليط على عين للانتفاع بها بعوض، وفيه فصول:

فصل
في أركانها

وهي ثلاثة:

الأوّل: الإيجاب والقبول، ويكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور، والصريح منه آجرتك أو أكريتك الدار مثلاً فيقول: قبلت، أو استأجرت، أو استكريت،

---

١. بل هي معاملة يستتبعها ذلك، وليس التمليك مفاداً أوّليّاً للإجارة، ولهذا يكون لفظها الصريح آجرتك وأكريتك، وأمّا ملّكتك منفعة الدار ـ مثلاً ـ مريداً به الإجارة فليس من اللفظ الصريح وإن صحّت الإجارة بمثله، كما أنّ التسليط على العين ليس حقيقتها، بل التسليط الاعتباري على فرضه من أحكامها العقلائية أو لوازمها كذلك في مثل إجارة الأعيان المملوكة أو غيرها ـ أيضاً ـ على وجه. (**خميني**).

ـ الظاهر أنّ حقيقتها بمعناها الاصطلاحي ـ لا اللغوي الذي هو عبارة عن الأُجرة وكري الأجير كما عن الأكثر، أو المعنى المصدري كما عن نجم الأئمّة ـ ما أفاده سيّدنا العلّامة الأُستاذ البروجردي قدس سره في حاشية الكتاب، وهذه عبارته: «إنّ الإجارة بمعناها الاسمي إضافة خاصّة يعتبرها العقلاء في العين المستأجرة بالنسبة إلى المستأجر، مستتبعة لملكه أو استحقاقه لمنفعتها أو عملها، أو لتسلّطه عليها بتلك الجهة، ولذلك لا تستعمل إلّا متعلّقة بالعين». (**لنكراني**).

٢. بل هي بمعنى إضافة خاصة مستتبعة لملكية المستأجر المنفعة أو العمل وتسلّطه على العين بتلك الجهة ولذلك لا تستعمل إلّا متعلّقة بالعين. (**صانعي**).

ويجري فيها المعاطاة[١] كسائر العقود، ويجوز أن يكون الإيجاب بالقول، والقبول بالفعل، ولا يصحّ أن يقول في الإيجاب: بعتك[٢] الدار مثلاً، وإن قصد الإجارة. نعم لو قال: بعتك منفعة الدار، أو سكنى الدار مثلاً بكذا، لا يبعد صحّته إذا قصد الإجارة.

الثاني: **المتعاقدان**، ويشترط فيهما[٣]: البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر[٤]؛ لفلس أو سفه أو رقّيّة.

الثالث: **العوضان**، ويشترط فيهما أُمور[٥]:

الأوّل: المعلوميّة، وهي في كلّ شيء بحسبه، بحيث لا يكون هناك غرر[٦]، فلو آجره

---

١. في جريانها في إجارة الحرّ إشكال، وإن كان غير بعيد، بجعل نفسه تحت اختيار الطرف بهذا العنوان، أو بشروعه في العمل كذلك. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لكن تحقّقها في إجارة الأعيان المملوكة بإعطاء العين من طرف المؤجر والأُجرة من طرف المستأجر، وفي إجارة الحرّ بشروعه في العمل بعنوان الإجارة وإعطاء الأُجرة من طرف الآخر، أو بتسليم نفسه للعمل بهذا العنوان وإن لم يعمل بعد كذلك، وأمّا تحقّقها في هذا القسم بمجرّد إعطاء الأُجرة وأخذها ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد صحّته أيضاً كما في المعاطاة في بيع النسيئة أو السلم. (**لنكراني**).

٢. لا تبعد الصحّة، إذا نصب قرينة عرفية على إرادة الإجارة من لفظ البيع. (**خوئي**).

٣. بعض هذه الشروط شرط الصحّة وبعضها شرط النفوذ فالثلاثة الأُولى من الأوّل، والثلاثة الثانية من الثاني، وعليه تصحّ معاملة المحجور بأنواعه الثلاثة بالإجازة بل وتصحّ بالاجازة أيضاً معاملة الصبيّ المميّز على الأقوى. (**صانعي**).

٤. إلّا مع إجازة من له الأمر في الثلاثة، بل في المميّز ـ أيضاً ـ على الأقرب. (**خميني**).

ـ إلّا مع إجازة من له حقّها. (**لنكراني**).

٥. بعض هذه الشروط راجع إلى الصحّة وبعضها راجع إلى النفوذ، فيتوقّف نفوذ العقد الفاقد للشرط على إجازة من له الإجازة. (**خوئي**).

٦. أي جهالة، وأمّا لو كان المراد منه هو الخطر الذي يكون الجهل أعمّ منه، فلا دليل على اختصاص البطلان به. (**لنكراني**).

داراً أو حماراً من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل، وكذا لو جعل العوض شيئاً مجهولاً.

الثاني: أن يكونا مقدوري التسليم[١]، فلا تصحّ إجارة العبد الآبق، وفي كفاية ضمّ الضميمة هنا كما في البيع إشكال[٢].

الثالث: أن يكونا مملوكين، فلا تصحّ إجارة مال الغير، ولا الإجارة بمال الغير إلّا مع الإجازة من المالك.

الرابع: أن تكون عين المستأجرة ممّا يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصحّ إجارة الخبز للأكل مثلاً ولا الحطب للإشعال وهكذا.

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة، فلا تصحّ إجارة المساكن لإحراز المحرّمات أو الدكاكين لبيعها، أو الدوابّ لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر ونحو ذلك، وتحرم الأُجرة عليها.

السادس: أن تكون العين ممّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها، فلا تصحّ إجارة أرض للزراعة، إذا لم يمكن إيصال الماء إليها، مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء، أو عدم كفايته.

السابع[٣]: أن يتمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، فلا تصحّ إجارة الحائض لكنس المسجد مثلاً.

(**مسألة ١**): لا تصحّ الإجارة إذا كان المؤجر أو المستأجر مكرهاً عليها إلّا مع الإجازة اللاحقة، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها، بل تجديد العقد إذا رضيا. نعم تصحّ مع الاضطرار،

---

١. بل يكفي على الظاهر كفاية مقدوريّة التسلّم كما في البيع. (**صانعي**).

٢. وإن كان الظاهر الكفاية. (**صانعي**).

٣. لا دليل على اشتراط هذا الأمر بعد كون العين ممّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منها، والبطلان في الصورة المفروضة لأجل عدم كون المنفعة مباحة، لا لأجل عدم تمكّن المستأجر. (**لنكراني**).

كما إذا طلب منه ظالم مالاً فاضطرّ إلى إجارة دار سكناه لذلك، فإنّها تصحّ حينئذٍ، كما أنّه إذا اضطرّ إلى بيعها صحّ.

(**مسألة ٢**): لا تصحّ إجارة المفلّس بعد الحجر عليه داره أو عقاره. نعم تصحّ إجارته نفسه لعمل أو خدمة، وأمّا السفيه فهل هو كذلك، أي تصحّ إجارة نفسه للاكتساب مع كونه محجوراً عن إجارة داره مثلاً أو لا[١]؟ وجهان[٢]، من كونه من التصرّف المالي وهو محجور، ومن أنّه ليس تصرّفاً في ماله الموجود، بل هو تحصيل للمال، ولا تعدّ منافعه من أمواله، خصوصاً إذا لم يكن كسوباً، ومن هنا

---

١. وهو الأقوى للحجر على التصرّف المالي الموجب لضياع المال، ولعدم كون عمله فيه عقلائياً وفي الجواهر في ذيل عبارة الشرائع الدالّ على عدم نفوذ هبة السفيه وإقراره كبيعه قال: والضابط: المنع من التصرّفات المالية بلا خلاف أجده فيه بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجّة بعد الاعتضاد بما دلّ عليه من كتاب وسنّة إلى أن قال: والظاهر دخول تزويجها نفسها. في التصرّفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولي، أمّا الذكر فظاهر، لأنّ الصداق منه انتهى[أ].

ولا يخفى عليك دلالة كلامه من وجوه مختلفة على أنّ المعيار في الحجر للسفيه التصرّف المالي كما لا يخفى عليك ما يظهر من كلماته من الدليل على ذلك، فإنّ الكتاب والسنّة يدلّان على لزوم حفظ أمواله عن الضياع لما فيها من القيام، ومن المعلوم كون القيام في مطلق المال الموجود والمكتسب، كما أنّ من المعلوم عدم الخصوصية للموجود أيضاً.

هذا كلّه مع ما سنذكره من الدليل على عدم جواز تزويج غير الرشيدة بغير إذن الولي من الأخبار والفتاوي. (**صانعي**).

٢. أقربهما عدم الصحّة، وكذا الحال في تزويج السفيهة نفسها. (**خميني**).

ـ لا يبعد أن يكون الوجه الأوّل هو الأوجه. (**خوئي**).

ـ والظاهر هو الوجه الأوّل، خصوصاً إذا كان كسوباً. (**لنكراني**).

(أ) جواهر الكلام ٢٦: ٥٦.

يظهر النظر فيما ذكره بعضهم من حجر السفيهة من تزويج نفسها، بدعوى أنّ منفعة البضع مال، فإنّه أيضاً محلّ إشكال[١].

(**مسألة ٣**): لا يجوز للعبد أن يؤجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلّا بإذنه، أو إجازته.

(**مسألة ٤**): لابدّ من تعيين العين المستأجرة، فلو آجره أحد هذين العبدين أو إحدى هاتين الدارين لم يصحّ[٢]، ولابدّ أيضاً من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعدّدة. نعم تصحّ إجارتها بجميع منافعها مع التعدّد، فيكون المستأجر مخيّراً[٣] بينها.

---

١. لا وجه للإشكال بعد ورود النصّ على عدم الجواز. (**خوئي**).

ـ عرفت عدم الإشكال في مثله هذا مع أنّ المورد مستند إلى الأخبار أيضاً بل هي العمدة، ففي صحيحة الفضلاء عن أبي جعفر عليه السلام، أنّه قال: «المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز»[(أ)] وفي موثّقة موسى بن بكر عن زرارة، عنه عليه السلام: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإنّ أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغير إذن وليّها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها»[(ب)]، بل الظاهر من كلمات الأصحاب في شرطية إذن الولي للباكرة وعدمها المفروغية من كفاية الرشد في صحّة نكاح المرأة وأنّ الإذن شرط في غير الرشيدة وإنّما الاختلاف في الباكرة الرشيدة فقط. (**صانعي**).

ـ أي مع قطع النظر عن النصّ والإجماع، بل الضرورة كما ادّعيا، وأمّا مع ملاحظتها فلا ينبغي الإشكال في البطلان بدون إذن الولي. (**لنكراني**).

٢. لا تبعد الصحّة في المتساويين في الأوصاف. (**خوئي**).

ـ إذا كانا مختلفين في الأوصاف الموجبة لتفاوت الرغبات، وأمّا مع التساوي من جميع هذه الجهات فلا يبعد الحكم بالصحّة. (**صانعي ـ لنكراني**).

٣. أي مع التضادّ، وبدونه يجوز له الجمع، بل في صورة التضادّ أيضاً يمكن الجمع بلحاظ إجزاء المدّة المضروبة. (**لنكراني**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٧، أبواب عقد النكاح واولياء العقد، الباب ٣، الحديث ١.

(ب) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥، أبواب النكاح واولياء العقد، الباب ٩، الحديث ٦.

(**مسألة ٥**): معلوميّة المنفعة إمّا بتقدير المدّة كسكنى الدار شهراً[١]، والخياطة يوماً، أو منفعة ركوب الدابّة إلى زمان كذا، وإمّا بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقّته وغلظته، فارسيّة أو روميّة، من غير تعرّض للزمان. نعم يلزم[٢] تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول: إلى يوم الجمعة مثلاً، وإن أطلق[٣] اقتضى التعجيل على الوجه العرفي، وفي مثل استئجار الفحل للضراب يعيّن بالمرّة والمرّتين، ولو قدّر المدّة والعمل على وجه التطبيق، فإن علم سعة الزمان له صحّ، وإن علم عدمها بطل، وإن احتمل الأمران ففيه قولان[٤].

(**مسألة ٦**): إذا استأجر دابّة للحمل عليها لابدّ من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض باختلافه، وبحسب الوزن ولو بالمشاهدة والتخمين إن ارتفع به الغرر، وكذا بالنسبة إلى الركوب لابدّ من مشاهدة الراكب أو وصفه، كما لابدّ من مشاهدة الدابّة أو وصفها حتّى الذكوريّة والأُنوثيّة إن اختلفت الأغراض بحسبهما.

---

١. أي شهراً معلوماً بالتعيين أو الإطلاق المنصرف إلى الاتّصال، وأمّا معلومية الدار فاعتبارها مستفاد من المسألة الرابعة. (**لنكراني**).

٢. مع دخالته في الرغبات. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مع اختلاف أغراض العقلاء الناشئ من اختلاف الرغبات والمالية حسب الأزمنة المختلفة. (**لنكراني**).

٣. لا يجتمع الحكم بلزوم التعيين مع الحكم بصحّة الإطلاق وحمله على التعجيل، فإنّ مقتضى لزوم تعيين المدّة البطلان مع الإطلاق، فكيف يجتمع مع الحكم بالصحّة. (**لنكراني**).

٤. الظاهر هو البطلان إن كان التطبيق دخيلاً في الرغبات، وإلّا فالصحّة تابعة لواقعه. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أقواهما البطلان مع الإطلاق، والصحّة مع التعليق على السعة والقدرة. (**خوئي**).

ـ والظاهر هو البطلان، من دون فرق بين أن يكون التطبيق ملحوظاً ابتداءً وانتهاءً، أو بالإضافة إلى خصوص أحدهما، ومن دون فرق أيضاً بين أن يكون الزمان في الفروض الثلاثة مأخوذاً بنحو التقييد أو بنحو الاشتراط. (**لنكراني**).

والحاصل: أنّه يعتبر تعيين الحمل والمحمول عليه والراكب والمركوب عليه من كلّ جهة يختلف غرض العقلاء باختلافها.

(**مسألة ٧**): إذا استأجر الدابّة لحرث جريب معلوم، فلابدّ من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه يرتفع الغرر.

(**مسألة ٨**): إذا استأجر دابّة للسفر مسافة، لابدّ[1] من بيان زمان السير من ليل أو نهار، إلّا إذا كان هناك عادة متّبعة.

(**مسألة ٩**): إذا كانت الأُجرة ممّا يكال أو يوزن، لابدّ من تعيين كيلها أو وزنها ولا تكفي المشاهدة، وإن كانت ممّا يعدّ لابدّ من تعيين عددها، وتكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها.

(**مسألة ١٠**): ما كان معلوميّته بتقدير المدّة لابدّ من تعيينها شهراً أو سنة أو نحو ذلك، ولو قال: آجرتك إلى شهر أو شهرين بطل، ولو قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم مثلاً، ففي صحّته مطلقاً أو بطلانه مطلقاً، أو صحّته في شهر وبطلانه في الزيادة، فإن سكن فأُجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة، أو الفرق بين التعبير المذكور وبين أن يقول: آجرتك شهراً[2] بدرهم فإن زدت فبحسابه، بالبطلان في الأوّل والصحّة في شهر في الثاني أقوال: أقواها الثاني[3]، وذلك لعدم تعيين المدّة الموجب لجهالة الأُجرة، بل جهالة المنفعة أيضاً، من غير فرق بين أن يعيّن المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعيين المبدأ يلزم جهالة أُخرى، إلّا أن يقال: إنّه حينئذٍ ينصرف إلى المتّصل بالعقد.

---

١. مع اختلاف الأغراض. (**لنكراني**).

٢. لا إشكال في صحّتها في الشهر الأوّل في هذه الصورة مع معلومية المبدأ، والأقوى عدم صحّتها في غيره. (**خميني**).

٣. لا يبعد أن يكون أقواها الثالث ولا سيما إذا كان الإنشاء بالتعبير الثاني. (**خوئي**).

ـ بل الأوّل إن كان المبدء معلوماً باليقين أو بالانصراف أو بالقرائن الحالية قضاءً لعمومات العقود والإجارة وعدم الغرور والجهل في تعيين المدّة بما فيها من جعل الإجارة بيد المستأجر. (**صانعي**).

ـ بل الأقوى الأوّل، وهي الصحّة مطلقاً في كلا التعبيرين، غاية الأمر أنّ استحقاق أُجرة ما زاد على الشهر في الأوّل على تقدير السكونة إنّما يكون بنفس الإجارة، وفي الثاني بالشرط الواقع في ضمنها، ولا دليل على قدح هذاالمقدار منالجهالة فيالإجارة، وسائر وجوهالبطلان غير تامّ أيضاً.(**لنكراني**).

هذا إذا كان بعنوان الإجارة، وأمّا إذا كان بعنوان الجعالة[١] فلا مانع منه؛ لأنّه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة، وكذا إذا كان بعنوان الإباحة بالعوض.

(**مسألة ١١**): إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسيّاً أي بدرز فلك درهم، وإن خطته رومياً أي بدرزين فلك درهمان، فإن كان بعنوان الإجارة بطل[٢]؛ لما مرّ من الجهالة[٣]، وإن

---

١. ليست هذه هي الجعالة المتعارفة، وإن لا يبعد صحّتها، ولعلّها ترجع إلى الإباحة بالعوض. (**خميني**).

ـ بأن يجعل منفعة الدار لمن أعطاه درهماً مثلاً. (**خوئي**).

ـ في كونه جعالة إشكال بل منع حيث إنّها عبارة عن جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملاً له وها هنا جعل شيء لنفسه على من يستوفي منفعة ملكه فبينهما تفاوت من جهتين، نعم يكون جعالة لغويّة لكنّه غير مفيد فإنّ الاغتفار في الجعالة الإصطلاحية العرفيّة لا الأعمّ منها ومن اللّغويّة. (**صانعي**).

ـ ظاهره أنّ الجاعل هو مالك العين، ولذا أورد عليه بأنّه لا معنى للجعالة هنا، فإنّ الجعالة هي جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملاً له، وهاهنا جعل شيئاً لنفسه على من يستوفي منفعة ملكه، ويمكن أن يكون الجاعل هو الساكن والأُجرة مجعولة في مقابل السكنى أو الإسكان، كما أنّه يمكن أن يكون الجاعل هو المالك، بأن يقول: من دفع إليّ درهماً من المال فله استيفاء منفعة الدار شهراً مثلاً، ولا يرد عليه ما أُورد، ولكن مع ذلك كلّه الحكم بجريان الجعالة في مثل المقام مشكل. (**لنكراني**).

٢. هذا في المتباينين، وأمّا في الأقلّ والأكثر كما هو مفروض المثال، فيمكن تصحيح الإجارة بالإضافة إلى الأقلّ، ويشترط الزيادة بالنسبة إلى الأكثر. (**خوئي**).

ـ الظاهر هو الصحّة هنا وفي الفرض الآتي، والاستناد في البطلان إلى الجهالة ممّا لا وجه له، بعد كون المانع في المقام على تقدير المانعية هو الإبهام والترديد لا الجهل وعدم العلم، ولم ينهض دليل عليها. (**لنكراني**).

٣. إذا كانت الإجارة واحدة، وكان متعلّقها مردّداً بين أمرين، فالبطلان من جهة إبهام المتعلّق وعدم تعيّنه حتّى في الواقع، وأمّا إذا كانت متعدّدة، وكان متعلّق كلّ منهما معلوماً فلا جهالة، ولكنها مع ذلك باطلة؛ لاستحالة صحّتهما معاً، وترجيح إحداهما على الأُخرى بلا مرجّح. (**خوئي**).

ـ لا جهالة لا في العمل ولا في الأُجرة وإنّما الجهالة في استحقاق العمل وهي قابلة للرفع بجعل الاختيار بيد العامل فتكون صحيحة ومثله الفرض الثاني. (**صانعي**).

كان بعنوان الجعالة كما هو ظاهر العبارة صحّ[١]، وكذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلاني في هذا اليوم فلك درهمان، وإن عملته في الغد فلك درهم، والقول بالصحّة إجارة في الفرضين ضعيف، وأضعف منه القول بالفرق بينهما بالصحّة في الثاني دون الأوّل، وعلى ما ذكرناه من البطلان فعلى تقدير العمل يستحقّ أُجرة المثل[٢]، وكذا في المسألة السابقة إذا سكن الدار شهراً أو أقلّ أو أكثر.

(**مسألة ١٢**): إذا استأجره أو دابّته ليحمله أو يحمل متاعه إلى مكان معيّن في وقت معيّن بأُجرة معيّنة، كأن استأجر منه دابّة لإيصاله إلى كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان ولم يوصله، فإن كان ذلك لعدم سعة الوقت وعدم إمكان الإيصال فالإجارة باطلة[٣]، وإن كان الزمان واسعاً ومع هذا قصّر[٤] ولم يوصله، فإن كان ذلك على وجه العنوانيّة والتقييد

---

١. كما أنّه يصحّ بنحو إجارة واشتراط، بأن يستأجره للخياطة بدرز واحد بدرهم، واشترط عليه أنّه إن زاد درزاً آخر استحقّ درهماً آخر. (**لنكراني**).

٢. هذا إذا لم تكن أُجرة المثل أزيد من وجه الإجارة، وإلّا لم يستحقّ الزائد فيما إذا كان المؤجر عالماً بالغبن، أو كان مقدماً على الإجارة مطلقاً. (**خوئي**).

٣. إلّا إذا كان ذلك بنحو الاشتراط. (**خميني ـ صانعي**).

ـ إذا كان متعلّق الإجارة هو الدابّة، وكان الإيصال شرطاً، فهو من اشتراط أمر غير مقدور، والصحيح فيه صحّة العقد وإلغاء الشرط. (**خوئي**).

ـ إذا كان الإيصال في ذلك الوقت مأخوذاً بنحو العنوانية والتقييد، وأمّا إذا كان مأخوذاً بنحو الاشتراط فالبطلان عارض للشرط خاصّة. (**لنكراني**).

٤. المناط في عدم الاستحقاق في الفرض الأوّل وكذا في خيار تخلّف الشرط في الثانية هو عدم الإيصال ولو لا عن تقصير، كمن ضلّ الطريق فلم يوصله. (**خميني**).

ـ لا دخالة للتقصير فإنّ المناط في عدم استحقاق الأُجرة عدم تحقّق العمل بالإجارة وإن كان عن قصور وسهو وهو الظاهر من تعليله وتمثيله بقوله لعدم العمل بمقتضي الإجارة أصلاً نظير ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة فاشتبه وصام يوم السبت. (**صانعي**).

ـ أو لم يتحقّق الإيصال ولو اتّفاقاً من دون تقصير، كما يظهر من الفرض الذي جعله نظيراً للمقام. (**لنكراني**).

لم يستحقّ شيئاً من الأُجرة[١]؛ لعدم العمل بمقتضى الإجارة أصلاً، نظير ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة فاشتبه وصام يوم السبت، وإن كان ذلك على وجه الشرطيّة، بأن يكون متعلّق الإجارة[٢] الإيصال إلى كربلاء[٣]، ولكن اشترط عليه الإيصال في ذلك الوقت فالإجارة صحيحة، والأُجرة المعيّنة لازمة، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلّف الشرط، ومعه يرجع إلى أُجرة المثل، ولو قال: وإن لم توصلني في وقت كذا فالأُجرة كذا، أقلّ ممّا عيّن أوّلاً، فهذا أيضاً قسمان: قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين من الإيصال في ذلك الوقت وعدم الإيصال فيه مورداً للإجارة فيرجع إلى قوله: آجرتك بأُجرة كذا إن أوصلتك في الوقت الفلاني، وبأُجرة كذا إن لم أُوصلك في ذلك الوقت، وهذا باطل[٤] للجهالة[٥]، نظير ما ذكر في المسألة السابقة من البطلان إن قال: إن عملت في هذا اليوم فلك درهمان الخ، وقد يكون مورد الإجارة هو الإيصال[٦] في ذلك الوقت،

---

١. الظاهر أنّه يستحقّ الأُجرة المسمّاة ولكنّه يضمن للمستأجر أُجرة المثل. نعم لا يستحقّ عليه المطالبة ما لم يدفعها، وللمستأجر أن يفسخ المعاملة؛ لتعذّر التسليم. (**خوئي**).

٢. التعبير بالمتعلّق لا يخلو من المسامحة، فإنّ متعلّقها هو الشخص أو الدابّة، والإيصال إنّما هو الغرض والمقصود. (**لنكراني**).

٣. إذا كان متعلّق الإجارة هو العمل كان الاشتراط بمنزلة التقييد، فإنّه يرجع إليه لبّاً، وإنّما الاختلاف في اللفظ. نعم يصحّ ما ذكر فيما إذا كان متعلّق الإجارة الدابّة وكان الإيصال أخذ شرطاً. (**خوئي**).

٤. قد عرفت أنّ الأقوى الصحّة، والجهالة بمعنى الإبهام لا دليل على قدحها. (**لنكراني**).

٥. مرّ وجه البطلان في المسألة السابقة. (**خوئي**).

ـ قد مرّ صحّته مع جعل الاختيار بيد الأجير. (**صانعي**).

٦. إذا كان مورد الإجارة هو الإيصال، فمع عدمه لا يستحقّ المؤجر شيئاً على ما اختاره ﷺ، فلا معنى لاشتراط النقص، وأمّا النصّ فمورده هو إيجار الدابّة واشتراط النقص على تقدير عدم الإيصال، وهو غير مفروض الكلام. نعم على ما اخترناه يصحّ هذا الاشتراط على القاعدة. (**خوئي**).

ويشترط عليه[١] أن ينقص من الأُجرة كذا على فرض عدم الإيصال، والظاهر الصحّة في هذه الصورة؛ لعموم المؤمنون وغيره، مضافاً إلى صحيحة[٢] محمّد الحلبي[٣]، ولو قال: إن لم توصلني فلا أُجرة لك، فإن كان على وجه الشرطيّة، بأن يكون متعلّق الإجارة هو الإيصال الكذائي فقط واشترط عليه عدم الأُجرة على تقدير المخالفة صحّ، ويكون الشرط المذكور مؤكّداً لمقتضى العقد[٤]، وإن كان على وجه القيديّة، بأن جعل كلتا الصورتين مورداً للإجارة إلّا أنّ في الصورة الثانية بلا أُجرة يكون باطلاً[٥]، ولعلّ هذه الصورة مراد[٦]

---

١. الظاهر أنّ مراده أنّ مورد الإجارة هو الإيصال واشترط عليه الإيصال في ذلك الوقت وإن لم يوصله في ذلك الوقت ينقص من الأُجرة كذا، وإنّما وقع سهو في العبارة وذلك بقرينة تمسّكه بصحيحة الحلبي فإنّ مفادها مع إلغاء الخصوصية عرفاً من قبيل ما ذكرنا لا ما ذكره، وكيف كان فإن كان مراده ما ذكرنا فلا إشكال فيه، وإن كان المراد ظاهر العبارة فالظاهر رجوعه إلى ما حكم ببطلانه، ولا ينطبق عليه النصّ المتقدّم. (**خميني ـ صانعي**).

٢. مورد صحيحة الحلبي ما إذا استأجر الإبل لحمل متاعه إلى موضع معيّن مع شرط الزمان المعيّن، والحطّ من الكراء لو احتبس عن ذلك مذكور في ضمن الشرط، وعليه فلا ينطبق مع ما هو المفروض في كلامه بعد إلغاء الخصوصية؛ لأنّ ظاهر العبارة أنّ مورد الإجارة ليس مجرّد الإيصال بل مقيّداً بذلك الوقت، وعليه فاشتراط النقص مع المخالفة لا يجتمع مع مورد الإجارة، ولعلّ مراده ما ينطبق على مورد النصّ. (**لنكراني**).

٣. صحّتها غير بعيدة وإن كان في منصور بن يونس كلام. (**خميني**).

٤. بل هو مخالف لمقتضاه، فإنّ مقتضاه انتقال المنفعة إلى المستأجر والعوض إلى المؤجر، سواء أتى الأجير بالعمل أم لا، وعليه يحمل ما في ذيل الصحيحة. (**خوئي**).

٥. إن كان منشأ البطلان هو الإبهام فقد عرفت عدم الدليل على قدحه، وإن كان منشؤه كون الإجارة بلا أُجرة، فذلك لا يقتضي بطلان الإجارة الأُولى، المشتملة على الأُجرة أيضاً. (**لنكراني**).

٦. بل الظاهر أنّ مراد المشهور هو الفرض الثالث، الذي وقع التعرّض له في النصّ، وهو ما لو كان الزمان المعيّن مأخوذاً بنحو الاشتراط، وسقوط الأُجرة على فرض العدم مذكوراً فيه. غاية الأمر أنّ مفاد النصّ مجرّد بطلان الشرط، وظاهر المشهور بطلان العقد أيضاً. (**لنكراني**).

المشهور[١] القائلين بالبطلان دون الأُولى، حيث قالوا: ولو شرط سقوط الأُجرة إن لم يوصله لم يجز.

(**مسألة ١٣**): إذا استأجر منه دابّة لزيارة النصف من شعبان مثلاً، ولكن لم يشترط على المؤجر ذلك، ولم يكن على وجه العنوانيّة أيضاً واتّفق أنّه لم يوصله[٢]، لم يكن له خيار الفسخ، وعليه تمام المسمّى من الأُجرة، وإن لم يوصله إلى كربلاء أصلاً سقط من المسمّى بحساب ما بقي[٣]، واستحقّ بمقدار ما مضى، والفرق بين هذه المسألة وما مرّ في المسألة السابقة أنّ الإيصال هنا غرض وداع، وفيما مرّ قيد أو شرط.

---

١. فيه منع، بل الظاهر متابعة المشهور للنصّ كصحيحة الحلبي. (**خميني**).

٢. أي في الوقت الذي يدرك الزيارة المخصوصة. (**لنكراني**).

٣. هذا إذا كان عدم الوصول لعدم إمكانه بموت الدابّة ونحوه، ومع ذلك فللمستأجر الخيار، فإن فسخ استحقّ المؤجر أُجرة المثل لما مضى، وأمّا إذا كان عدم الوصول من قبل المؤجر فللمستأجر أن يفسخ ويعطي أُجرة المثل لما مضى، وله أن يطالب بأُجرة المثل لما بقي ويعطي تمام الأُجرة المسمّاة. (**خوئي**).

فصل

[في أحكام عقد الإجارة]

الإجارة من العقود اللازمة لا تنفسخ إلّا بالتقايل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ. نعم الإجارة المعاطاتيّة جائزة[1]، يجوز لكلّ منهما الفسخ ما لم تلزم بتصرّفهما أو تصرّف أحدهما فيما انتقل إليه.

(**مسألة ١**): يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدّة الإجارة، ولا تنفسخ الإجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدّة الإجارة. نعم للمشتري مع جهله بالإجارة خيار فسخ البيع؛ لأنّ نقص المنفعة عيب[2]، ولكن ليس كسائر العيوب، ممّا يكون المشتري معه

---

١. الأقوى لزومها، كما أنّ الأقوى لزوم البيع المعاطاتي أيضاً، لكن لا ينبغي ترك مراعاة الاحتياط. (**خميني**).

ـ الأظهر أنّها أيضاً لازمة. (**خوئي**).

ـ بل لازمة على الأقوى كالبيع. (**صانعي**).

ـ بل لا يبعد كونها لازمة أيضاً، وعلى تقدير الجواز فالملزم لا ينحصر بالتصرّف، كما أنّ الظاهر عدم كون كلّ تصرّف ملزماً. (**لنكراني**).

٢. في التعليل إشكال. (**خميني**).

ـ ظاهره أنّ الخيار هنا خيار العيب، وأنّ عدم ثبوت الأرش إنّما هو لأجل عدم كون كلّ عيب موجباً لثبوته، ولكنّه مخدوش؛ لأنّ العيب الحقيقي ما كان نقصاً أو زيادة في الخلقة الأصلية، والمفروض عدم ثبوته في المقام، والعيب الحكمي يحتاج إلى الدليل، وعليه فالظاهر ما أفاده في «الجواهر» من كون الخيار في المقام خيار تعذّر التسليم؛ لاقتضاء إطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع، وهنا احتمالات أُخر ضعيفة. (**لنكراني**).

مخيّراً بين الردّ والأرش، فليس له أن لا يفسخ ويطالب بالأرش، فإنّ العيب الموجب للأرش ما كان نقصاً في الشيء في حدّ نفسه، مثل العمى والعرج، وكونه مقطوع اليد، أو نحو ذلك، لا مثل المقام الذي العين في حدّ نفسها لا عيب فيها، وأمّا لو علم المشتري أنّها مستأجرة ومع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ أيضاً. نعم لو اعتقد كون مدّة الإجارة كذا مقداراً فبان أنّها أزيد، له الخيار أيضاً، ولو فسخ المستأجر الإجارة رجعت المنفعة في بقيّة المدّة إلى البائع لا إلى المشتري. نعم لو اعتقد البائع والمشتري بقاء مدّة الإجارة وأنّ العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا وتبيّن أنّ المدّة منقضية، فهل منفعة تلك المدّة للبائع حيث إنّه كأنّه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، أو للمشتري لأنّها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير أو بالاستثناء، والمفروض عدمها، وجهان، والأقوى الثاني[١]. نعم لو شرطا[٢] كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدّة كان لما ذكر وجه[٣].

ثمّ بناءً على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري فهل للبائع الخيار أو لا؟ وجهان، لا يخلو أوّلهما من قوّة[٤]، خصوصاً إذا أوجب ذلك له الغبن.

---

١. لا يبعد أن يكون الأوّل هو الأقوى. (**خوئي**).

ـ بل الأظهر الأوّل، إذ مع اعتقادهما بقاء مدّة الإجارة لابدّ وأن يقصدا كونه مسلوب المنفعة إلى زمان كذا، وهذا بمنزلة الاشتراط. (**صانعي**).

٢. كما أنّه لو كان بنحو التوصيف أيضاً يكون كذلك، سواء كان الوصف هي مسلوبية المنفعة في برهة من الزمان، أم كونها مستأجرة. (**لنكراني**).

٣. لكن الأوجه تبعيّة النماء للعين أيضاً، وهذا كما لو توهّم عدم المنفعة للعين مدّة واشترط مسلوبيّة المنفعة فيها. (**خميني**).

٤. في صورة الغبن. (**خميني**).

ـ بل الأقوى هو الثاني، إلّا إذا كان ذلك موجباً للغبن. (**خوئي**).

ـ في خصوص ما إذا أوجب الغبن في المعاملة البيعيّة. (**لنكراني**).

هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر، أمّا لو بيعت عليه ففي انفساخ الإجارة وجهان، أقواهما العدم[١]، ويتفرّع على ذلك أُمور:

منها: اجتماع الثمن والأُجرة عليه حينئذٍ.

ومنها: بقاء ملكه للمنفعة في مدّة تلك الإجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الإجارة.

ومنها: إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدّة لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين وإن كانت ممّا لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ بمجرّد البيع.

ومنها: رجوع المشتري[٢]

بالأُجرة[٣] لو تلف العين بعد قبضها وقبل انقضاء مدّة الإجارة، فإن تعذّر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الإجارة، ويوجب الرجوع بالعوض وإن كان تلف العين عليه.

(**مسألة ٢**): لو وقع البيع والإجارة في زمان واحد، كما لو باع العين مالكها على شخص وآجرها وكيله على شخص آخر، واتّفق وقوعهما في زمان واحد، فهل يصحّان معاً، ويملكها المشتري مسلوبة المنفعة، كما لو سبقت الإجارة، أو يبطلان معاً للتزاحم في ملكيّة المنفعة، أو يبطلان معاً بالنسبة إلى تمليك المنفعة فيصحّ البيع على أنّها مسلوبة المنفعة تلك المدّة، فتبقى المنفعة على ملك البائع وجوه، أقواها

---

١. بل احتمال الانفساخ في غاية الضعف. (**صانعي**).

٢. من حين تلف العين، فإنّه بهذا القيد من متفرّعات عدم الانفساخ. (**خميني**).

ـ رجوعه بكل الأُجرة منوط بالتلف قبل انقضاء شيء من المدّة وإلّا فالتلف بعد انقضاء بعض المدّة موجب للرجوع بالنسبة إلى المدّة الباقية وله الفسخ وأداء أُجرة المثل للمدّة الماضية. (**صانعي**).

٣. أي من حين التلف، وأمّا على الانفساخ فيرجع بالأُجرة من حين البيع الذي هو زمان الانفساخ على هذا القول. (**لنكراني**).

الأوّل[١]؛ لعدم التزاحم[٢]، فإنّ البائع لا يملك المنفعة، وإنّما يملك العين، وملكيّة العين توجب ملكيّة المنفعة للتبعيّة وهي متأخّرة عن الإجارة.

(**مسألة ٣**): لا تبطل الإجارة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر على الأقوى. نعم في إجارة العين الموقوفة إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى البطن اللاحق؛ لأنّ الملكيّة محدودة، ومثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للمؤجر ما دام حيّاً، بخلاف ما إذا كان المؤجر هو المتولّي للوقف وآجر لمصلحة البطون إلى مدّة، فإنّها لا تبطل بموته، ولا بموت البطن الموجود حال الإجارة، وكذا تبطل إذا آجر نفسه[٣] للعمل بنفسه[٤] من خدمة أو غيرها، فإنّه إذا مات لا يبقى محلّ للإجارة، وكذا إذا مات المستأجر الذي هو محلّ العمل، من خدمة أو عمل آخر متعلّق به بنفسه، ولو جعل العمل في ذمّته[٥] لا تبطل

---

١. بل أقواها الأخير لتزاحم العقدين في التأثير زماناً، ولا أثر للتقدّم والتأخّر في الرتبة في المقام ونحوه، كما حقّق في محلّه. (**خوئي**).

ـ أقواها الثاني للتزاحم، وما في تعليله لعدم التزاحم نظر؛ لأنّ التأخّر على فرضه تأخّر عقلي لا مساس له بعالم الاعتبار العقلائي الذي هو الملاك في باب المعاملات، فلا وجه لكونه رافعاً للتزاحم. (**صانعي**).

٢. في التعليل نظر؛ لأنّ التأخّر على فرضه تأخّر عقليّ لا مساس له بعالم الاعتبار العقلائي، الذي هو الملاك في باب المعاملات، بل علّة صحّة الأمرين عدم المنافاة بين الإضافتين وعدم المعاندة بين الحقيقتين، ولذا تجتمعان في البقاء فيما لو سبق عقد الإجارة على البيع كما مرّ.

هذا، ولكن مقتضى صحّتهما ليس ملكية المشتري للعين مسلوبة المنفعة، بل ملكية المنفعة مردّدة بينهما، ويمكن الرجوع إلى القرعة للتعيين. (**لنكراني**).

٣. البطلان في هذه الصورة وفي الصورة الثانية إنّما هو فيما إذا كان متعلّق الإجارة مقيّداً بزمان قد تحقّق الموت قبله أو في أثنائه أو كان الموت واقعاً قبل مضيّ زمان يسع متعلّق الإجارة. (**خوئي**).

٤. مع كون القيد هنا وفي الفرض الآتي دخيلاً في المطلوب الواحد، وأمّا لو كان بنحو تعدّد المطلوب فالإجارة صحيحة، غاية الأمر ثبوت خيار تعذّر الشرط. (**لنكراني**).

٥. من دون قيد المباشرة. (**صانعي**).

ـ من دون اعتبار المباشرة قيداً أو شرطاً. (**لنكراني**).

الإجارة بموته، بل يستوفى من تركته، وكذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محلّ للعمل، بل كان مالكاً له على المؤجر، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فإنّه إذا مات تنتقل إلى وارثه، فهم يملكون عليه ذلك العمل، وإذا آجر الدار واشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته، ويكون للمؤجر خيار[١] الفسخ[٢]. نعم إذا اعتبر سكناه على وجه القيديّة تبطل بموته[٣].

(**مسألة ٤**): إذا آجر الوليّ أو الوصيّ الصبيّ المولّى عليه مدّة تزيد على زمان بلوغه ورشده بطلت في المتيقّن بلوغه فيه، بمعنى أنّها موقوفة على إجازته وصحّت واقعاً وظاهراً بالنسبة إلى المتيقّن صغره، وظاهراً بالنسبة إلى المحتمل، فإذا بلغ له أن يفسخ على الأقوى، أي لا يجيز، خلافاً لبعضهم فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلّها في وقت لم يعلم لها مناف، وهو كما ترى. نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة إجارته مدّة زائدة على زمان البلوغ، بحيث يكون إجارته أقلّ من تلك المدّة خلاف مصلحته تكون لازمة[٤] ليس له فسخها بعد بلوغه، وكذا الكلام في إجارة أملاكه[٥].

(**مسألة ٥**): إذا آجرت إمرأة نفسها للخدمة مدّة معيّنة، فتزوّجت قبل انقضائها، لم تبطل[٦] الإجارة وإن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج[٧].

(**مسألة ٦**): إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثمّ أعتقه، لا تبطل الإجارة بالعتق، وليس له

---

١. لا وجه لهذا الخيار، بل الظاهر بطلان الإجارة بالموت. (**خميني**).

٢. هذا إذا تخلّفت الورثة عن العمل بالشرط. (**خوئي ـ صانعي**).

٣. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. فيه إشكال. نعم هي كذلك في إجارة الأملاك. (**خوئي**).

ـ فيه وفي أملاكه إشكال. (**صانعي**).

٥. لكن الظاهر أنّ مقتضى إطلاق دليل الولاية على الأملاك النفوذ وعدم جواز الفسخ مطلقاً، وأمّا الولاية على النفس فالحكم بإطلاقها مشكل. (**لنكراني**).

٦. وتصير حال المرأة حينئذٍ حال الدار المستأجرة المنتقلة إلى المشتري مسلوبة. (**لنكراني**).

٧. لكن له خيار التدليس مع تحقّق شرائطه. (**صانعي**).

الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقيّة المدّة؛ لأنّه كان مالكاً لمنافعه أبداً وقد استوفاها بالنسبة إلى تلك المدّة، فدعوى أنّه فوّت على العبد ما كان له حال حرّيته كماترى. نعم يبقى الكلام في نفقته في بقيّة المدّة إن لم يكن شرط كونها على المستأجر، وفي المسألة وجوه:

أحدها: كونها على المولى؛ لأنّه حيث استوفى بالإجارة منافعه فكأنّه باق على ملكه.

الثاني: أنّه في كسبه إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة، وإن لم يمكن فمن بيت المال، وإن لم يكن فعلى المسلمين كفاية.

الثالث: أنّه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة، ففي كسبه وإن كان منافياً للخدمة.

الرابع: أنّه من كسبه، ويتعلّق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمّته.

الخامس: أنّه من بيت المال من الأوّل ولا يبعد قوّة[1] الوجه الأوّل[2].

(**مسألة ٧**): إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً سابقاً على العقد وكان جاهلاً به، فإن كان ممّا تنقص به المنفعة، فلا إشكال في ثبوت الخيار له بين الفسخ والإبقاء، والظاهر عدم جواز مطالبته الأرش[3]، فله الفسخ أو الرضا بها مجّاناً. نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار، فالظاهر تقسيط[4] الأُجرة[5]؛ لأنّه يكون حينئذٍ

---

١. بل الثاني أظهر. (**لنكراني**).

٢. بل الثاني أشبه. (**خميني**).

ـ بل الأقوى هو الوجه الثاني. (**خوئي**).

ـ بل أقواها الثاني وإن تعذّر الثاني بمراتبه جاز بل وجب له تحصيل ما يشدّ رمقه وإن زاحم ما عليه من الخدمة لأهمية وجوب حفظ النفس عن حرمة التصرّف في حقّ الغير وحينئذ يتعلّق عوض الفائت منها بذمّته يطالب به عند يساره. (**صانعي**).

٣. لعدم الدليل عليه في غير البيع، وإلغاء الخصوصيّة عنه مشكل. (**لنكراني**).

٤. ولكنّه غير الأرش المصطلح. (**لنكراني**).

٥. وله خيار الفسخ أيضاً. (**خميني ـ صانعي**).

ـ في إطلاقه إشكال. (**خوئي**).

من قبيل[١] تبعّض الصفقة، ولو كان العيب ممّا لا تنقص معه المنفعة، كما إذا تبيّن كون الدابّة مقطوع الأُذن أو الذنب، فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه، لكن الأقوى ثبوته إذا كان ممّا يختلف به الرغبات، وتتفاوت به الأُجرة، وكذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد وقبل القبض، بل بعد[٢] القبض أيضاً، وإن كان استوفى بعض المنفعة ومضى بعض المدّة. هذا إذا كانت العين شخصيّة، وأمّا إذا كانت كليّة وكان الفرد المقبوض معيباً فليس له فسخ العقد، بل له مطالبة البدل. نعم لو تعذّر البدل كان له الخيار في أصل العقد.

(**مسألة ٨**): إذا وجد المؤجر عيباً سابقاً[٣] في الأُجرة ولم يكن عالماً به كان له فسخ العقد، وله الرضا به، وهل له مطالبة الأرش معه؟ لا يبعد[٤] ذلك[٥]، بل ربّما يدّعى عدم الخلاف فيه، لكن هذا إذا لم تكن الأُجرة منفعة عين، وإلّا فلا أرش فيه، مثل ما مرّ في المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معيباً.

هذا إذا كانت الأُجرة عيناً شخصيّة، وأمّا إذا كانت كلّيّة فله مطالبة البدل، لا فسخ أصل العقد إلّا مع تعذّر البدل على حذو ما مرّ في المسألة السابقة.

(**مسألة ٩**): إذا أفلس المستأجر بالأُجرة كان للمؤجر الخيار[٦] بين الفسخ واسترداد العين، وبين الضرب مع الغرماء، نظير ما إذا أفلس المشتري بالثمن، حيث إنّ للبائع الخيار إذا وجد عين ماله.

---

١. ومقتضاه ثبوت الخيار في الباقي. (**لنكراني**).

٢. ثبوت الخيار في هذه الصورة مشكل. (**لنكراني**).

٣. أي على العقد، وأمّا إذا كان سابقاً على القبض فقط فجريان الحكم فيه مشكل وإن كان ظاهر المشهور عدم الفرق. (**لنكراني**).

٤. مشكل. (**خميني**).

ـ محلّ إشكال. (**صانعي**).

ـ بل العدم غير بعيد. (**لنكراني**).

٥. فيه إشكال. (**خوئي**).

٦. محلّ إشكال، فالأحوط التخلّص بالتصالح. (**خميني**).

(**مسألة ١٠**): إذا تبيّن غبن المؤجر أو المستأجر فله الخيار، إذا لم يكن عالماً به حال العقد، إلّا إذا اشترطا سقوطه في ضمن العقد.

(**مسألة ١١**): ليس في الإجارة خيار المجلس[١] ولا خيار الحيوان، بل ولا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع، ويجري فيها خيار الشرط حتّى للأجنبي، وخيار العيب[٢] والغبن كما ذكرنا، بل يجري فيها سائر الخيارات كخيار الاشتراط وتبعّض الصفقة وتعذّر التسليم والتفليس والتدليس والشركة، وما يفسد ليومه[٣] وخيار شرط ردّ العوض نظير شرط ردّ الثمن في البيع.

(**مسألة ١٢**): إذا آجر عبده أو داره مثلاً ثمّ باعه من المستأجر لم تبطل الإجارة، فيكون للمشتري منفعة العبد مثلاً من جهة الإجارة قبل انقضاء مدّتها، لا من جهة تبعيّة العين، ولو فسخت الإجارة رجعت إلى البائع، ولو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البائع بما يقابل بقيّة المدّة من الأُجرة وإن كان تلف العين عليه، والله العالم.

---

١. على إشكال، خصوصاً إذا اشترط بعنوانه. (**لنكراني**).

٢. لا على النحو الذي يجري فيه البيع من التخيير بين الردّ والأرش، فهو وخيار التأخير على نحو واحد. (**لنكراني**).

٣. فيه تأمّل. (**خميني**).

ـ في جريان الخيار فيه إشكال. (**خوئي**).

ـ أي إذا كانت الأُجرة ما يفسد ليومه، ومع ذلك جريان هذا الخيار فيها مشكل. (**لنكراني**).

فصل

[في أحكام العوضين]

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في الإجارة على الأعمال بنفس العقد، من غير توقّف على شيء، كما هو مقتضى سببيّة العقود، كما أنّ المؤجر يملك[1] الأُجرة ملكيّة متزلزلة[2] به كذلك، ولكن لا يستحقّ المؤجر مطالبة الأُجرة إلّا بتسليم العين أو العمل، كما لا يستحقّ المستأجر مطالبتهما إلّا بتسليم الأُجرة كما هو مقتضى المعاوضة وتستقرّ ملكيّة الأُجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما بحكمه، فأصل الملكيّة للطرفين موقوف على تماميّة العقد، وجواز المطالبة موقوف على التسليم، واستقرار ملكيّة الأُجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما بحكمهما، فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الإجارة، كما سيأتي تفصيله.

(**مسألة ١**): لو استأجر داراً مثلاً وتسلّمها ومضت مدّة الإجارة استقرّت الأُجرة عليه، سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره، وكذا إذا استأجر دابّة للركوب أو لحمل المتاع إلى مكان

---

١. إلّا في بعض موارد يأتي التصريح به منه. (**خميني**).

٢. لا فرق في ملكية الأُجرة وملكية المنفعة في أنّ كلتيهما مستقرّة من جهة العقد ومتزلزلة من جهة احتمال الانفساخ. (**خوئي**).

ـ ظاهر هذه العبارة وكذا عبارة الذيل أنّ تزلزل الملكية إنّما هو من ناحية المؤجر بالإضافة إلى الأُجرة، وأمّا المستأجر فالملكية الثابتة له ملكية مستقرّة غير متزلزلة، ويرد عليه ـ مضافاً إلى أنّه لم يعلم الفرق بينهما بعد كون مقتضى سببية العقود حصول الملكية للطرفين بنحو واحد، خصوصاً بعد كون منشأ التزلزل في الأُجرة حصول المانع عن استيفاء المنفعة، كانهدام الدار مثلاً، كما يظهر من قوله: فلو حصل مانع الخ، وعليه فكيف يمكن اتصاف ملكية الأُجرة بالتزلزل دون ملكية المنفعة ـ أنّ تحقّق موجب الانفساخ أحياناً لا يوجب اتّصاف الملكية بالتزلزل. (**لنكراني**).

كذا ومضى زمان يمكن له ذلك وجب عليه الأُجرة واستقرّت وإن لم يركب أو لم يحمل، بشرط أن يكون مقدّراً بالزمان المتّصل بالعقد، وأمّا إذا عيّنا وقتاً فبعد مضيّ ذلك الوقت، هذا إذا كانت الإجارة واقعة على عين معيّنة شخصيّة في وقت معيّن، وأمّا إن وقعت على كلّي وعيّن في فرد وتسلّمه فالأقوى أنّه كذلك مع تعيين الوقت وانقضائه. نعم مع عدم[١] تعيين الوقت فالظاهر[٢] عدم[٣] استقرار الأُجرة[٤] المسمّاة[٥] وبقاء الإجارة وإن كان ضامناً لأُجرة المثل لتلك المدّة من جهة تفويته المنفعة على المؤجر.

(**مسألة ٢**): إذا بذل المؤجر العين المستأجرة للمستأجر ولم يتسلّم حتّى انقضت المدّة استقرّت عليه الأُجرة، وكذا إذا استأجره ليخيط له ثوباً معيّناً مثلاً في وقت معيّن وامتنع من دفع الثوب إليه حتّى مضى ذلك الوقت، فإنّه يجب عليه دفع الأُجرة، سواء اشتغل في ذلك الوقت مع امتناع المستأجر من دفع الثوب إليه بشغل آخر لنفسه أو لغيره أو جلس فارغاً.

(**مسألة ٣**): إذا استأجره لقلع ضرسه ومضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها وكان المؤجر باذلاً نفسه استقرّت[٦] الأُجرة، سواء كان المؤجر حرّاً أو عبداً بإذن مولاه، واحتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأوّل؛ لأنّ منافع الحرّ لا تضمن إلّا بالاستيفاء، لا وجه له؛ لأنّ منافعه بعد العقد عليها صارت مالاً للمستحقّ، فإذا بذلها ولم يقبل كان تلفها منه، مع أنّا لا نسلّم أنّ منافعه لا تضمن إلّا بالاستيفاء، بل تضمن بالتفويت أيضاً[٧] إذا صدق

---

١. أي سواء كانت الإجارة واقعة على عين معيّنة شخصية، أو على كلّي وعيّن في فرد. (**لنكراني**).

٢. بل الظاهر الاستقرار من دون فرق بين الصورتين. (**لنكراني**).

٣. بل الظاهر استقرارها مع انقضاء زمان يمكن الاستيفاء وعدم ضمان أُجرة المثل. (**خميني**).

٤. بل الظاهر استقرارها إذا كان التسليم والتسلّم بعنوان الوفاء بالإجاره. (**صانعي**).

٥. بل الظاهر استقرارها، وقد التزم‌ﷺ باستقرارها في العين الشخصية إذ لا فرق بين العين الشخصية والكلية بعدما كان التعيين بيد المؤجر. (**خوئي**).

٦. بناءً على التفصيل الذي اختاره في المسألة الأُولى لابدّ من التقييد هنا بما إذا كان الوقت معيّناً، وأمّا بناءً على ما اخترناه فالإطلاق تامّ. (**لنكراني**).

٧. التفويت في نفسه ليس من أسباب الضمان، وعليه فلا ضمان على الأقوى. (**خوئي**).

ذلك، كما إذا حبسه وكان كسوباً، فإنّه يصدق في العرف أنّه فوّت عليه[١] كذا مقداراً، هذا ولو استأجره لقلع ضرسه فزال الألم بعد العقد لم تثبت الأُجرة لانفساخ[٢] الإجارة حينئذٍ[٣].

(**مسألة ٤**): إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة، وكذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل، وأمّا إذا تلفت بعد استيفاء[٤] منفعتها في بعض المدّة فتبطل بالنسبة إلى بقيّة المدّة فيرجع من الأُجرة[٥] بما قابل المتخلّف من المدّة إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، مع تساوي الأجزاء بحسب الأوقات، ومع التفاوت تلاحظ النسبة.

(**مسألة ٥**): إذا حصل الفسخ في أثناء المدّة بأحد أسبابه تثبت الأُجرة المسمّاة بالنسبة إلى ما مضى، ويرجع منها بالنسبة إلى مابقي، كما ذكرنا في البطلان على المشهور، ويحتمل[٦] قريباً[٧]

---

١. لكن لا دليل على أنّ التفويت موجب للضمان، فالظاهر عدم الضمان. (**لنكراني**).

٢. لا دليل على الانفساخ إلّا فيما إذا صار القلع محرّماً، بل يمكن دعوى عدم الانفساخ في هذه الصورة أيضاً، ولكنّها مشكلة. (**لنكراني**).

٣. في إطلاقه منع ظاهر، بل الظاهر عدم الانفساخ مطلقاً. (**خوئي**).

٤. بل بعد مضيّ بعض المدّة مع إمكان الاستيفاء. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أو مضى مدّة يمكنه فيها الاستيفاء، وإن لم يستوف وكانت بعض المدّة لا تمامها. (**لنكراني**).

٥. هذا إذا لم يفسخ الإجارة من أصلها، وإلّا فيرجع إلى المؤجر بتمام الأُجرة، ويجب عليه دفع أُجرة المثل بالإضافة إلى ما مضى. (**خوئي**).

٦. الظاهر هو التفصيل بين الموارد، فإن كان سبب الفسخ هو اشتراط الخيار في متن العقد فالظاهر أنّه تابع لكيفيّة الاشتراط من جهة التأثير من الأصل أو من الحين، وإن كان السبب هو الخيار الذي مستنده قاعدة نفي الضرر، كخيار الغبن ونحوه فاللازم ملاحظة أنّ الضرر هل يندفع بالانحلال من الحين أو بالانفساخ من الأصل، وإن كان السبب هو الخيار الثابت بمقتضى الأدلّة الخاصّة كخيار العيب ونحوه فاللازم ملاحظتها، ولا يبعد دعوى كون الظاهر أو المتيقّن منها هو الفسخ في المجموع. (**لنكراني**).

٧. هذا هو الأقوى فيما إذا كان حقّ الفسخ والخيار بسبب كان حين العقد، كما إذا تبيّن الغبن أو وجد العيب السابق، وأمّا مع عروض ذلك في الأثناء فالأقوى هو التوزيع. (**خميني ـ صانعي**).

أن يرجع تمام المسمّى[١] ويكون للمؤجر أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى؛ لأنّ المفروض أنّه يفسخ العقد الواقع أوّلاً، ومقتضى الفسخ عود كلّ عوض إلى مالكه، بل يحتمل أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضاً، لكنّه بعيد.

(**مسألة٦**): إذا تلف بعض العين المستأجرة تبطل بنسبته[٢] ويجيء خيار تبعّض الصفقة.

(**مسألة ٧**): ظاهر كلمات العلماء: أنّ الأُجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها، وبالتلف قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدّة ترجع إلى المستأجر كلّاً أو بعضاً من حين البطلان، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيّتها من الأوّل، وهو مشكل؛ لأنّ مع التلف ينكشف عدم كون المؤجر مالكاً للمنفعة إلى تمام المدّة، فلم ينتقل ما يقابل المتخلّف من الأوّل إليه، وفرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض وتلف العين هنا؛ لأنّ المبيع حين بيعه كان مالاً[٣] موجوداً قوبل بالعوض، وأمّا المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد ولا في علم الله إلّا بمقدار بقاء العين، وعلى هذا فإذا تصرّف في الأُجرة يكون تصرّفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلّف فضوليّاً، ومن هذا يظهر أنّ وجه البطلان في صورة التلف كلّاً أو بعضاً انكشاف عدم الملكيّة للمعوّض.

(**مسألة ٨**): إذا آجر دابّة كلّيّة ودفع فرداً منها فتلف، لا تنفسخ الإجارة، بل ينفسخ

---

١. هذا الاحتمال هو المتعيّن إلّا أن يكون الخيار ثابتاً بالاشتراط الظاهر عرفاً في تقسيط الأُجرة المسمّاة. (**خوئي**).

٢. إلّا فيما إذا كان تلف البعض موجباً لانعدام المنفعة وزوالها رأساً، كما في استئجار بقرين لحرث الأرض إذا فرض تقوّم الغرض بهما جميعاً كما في بعض البلاد، فإنّ الظاهر في مثل ذلك البطلان رأساً. (**لنكراني**).

٣. ولكن العوض المبذول بإزائه لم يبذل باعتبار هذه المالية المحدودة، وإلّا لم يكن وجه للانفساخ، بل باعتبار ثبوت اقتضاء البقاء فيه وكون التلف أمراً طارئاً على خلاف الأصل، وهذا التقريب جار في المنفعة أيضاً، فإنّ تلف العين المستلزم لتلف المنفعة لا يوجب خللاً في انعقاد الإجارة بعد ثبوت هذاالاقتضاء المذكور فيها، وعليه فالحكم في المقامين واحد، وما استظهره من كلمات العلماء ـ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ـ في محلّه. (**لنكراني**).

الوفاء[١]، فعليه أن يدفع فرداً آخر.

(**مسألة ٩**): إذا آجره داراً فانهدمت فإن خرجت عن الانتفاع[٢] بالمرّة[٣] بطلت، فإن كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن[٤] فيها أصلاً رجعت الأُجرة بتمامها، وإلّا فبالنسبة[٥]، ويحتمل تمامها في هذه الصورة أيضاً، ويضمن أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لكنّه بعيد[٦]، وإن أمكن الانتفاع بها مع ذلك كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء والفسخ، وإذا فسخ كان حكم الأُجرة ما ذكرنا، ويقوى هنا[٧] رجوع تمام المسمّى مطلقاً ودفع أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى؛ لأنّ هذا هو مقتضى فسخ العقد كما مرّ سابقاً، وإن انهدم بعض بيوتها بقيت الإجارة بالنسبة إلى البقيّة، وكان للمستأجر خيار تبعّض الصفقة، ولو بادر المؤجر إلى تعميرها بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً ليس للمستأجر الفسخ حينئذٍ على الأقوى خلافاً للثانيين.

(**مسألة ١٠**): إذا امتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه، وإن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الإجارة[٨] والرجوع بالأُجرة، وله الإبقاء ومطالبة عوض المنفعة

---

١. لا يخفى ما في التعبير من المسامحة. (**خميني**).

ـ في التعبير مسامحة واضحة. (**لنكراني**).

٢. أي الذي هو مورد الإجارة. (**خميني**).

ـ أو عن الانتفاع الذي استأجرها له بعنوان التقييد. (**صانعي**).

٣. أو عن الانتفاع الذي استأجرها له بنحو التقييد ووحدة المطلوب. (**لنكراني**).

٤. أي بلا فصل معتدّ به، أو قبل مجيء زمان الإجارة. (**خميني ـ صانعي**).

٥. ويثبت للمستأجر حينئذٍ خيار التبعّض، وعلى تقدير الفسخ ترجع الأُجرة بتمامها. (**لنكراني**).

٦. نعم، إلّا أنّ للمستأجر حينئذٍ خيار تبعّض الصفقة، وعلى تقدير الفسخ يرجع بتمام الأُجرة، ويضمن أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى. (**خوئي**).

٧. بل يقوى خلافه كما مرّ. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مرّ ما هو مقتضى التحقيق. (**لنكراني**).

٨. لا يبعد ثبوت الخيار مع التمكّن من الإجبار أيضاً. (**خوئي**).

الفائتة، وكذا إن أخذها[١] منه بعد التسليم بلا فصل أو في أثناء المدّة، ومع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلّف من الأُجرة، ويحتمل[٢] قويّاً[٣] رجوع تمام الأُجرة ودفع أُجرة المثل لما مضى، كما مرّ نظيره سابقاً؛ لأنّ مقتضى فسخ العقد عود تمام كلّ من العوضين إلى مالكهما الأوّل، لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور.

(**مسألة ١١**): إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخيّر بين الفسخ والرجوع بالأُجرة، وبين الرجوع على الظالم بعوض ما فات، ويحتمل قويّاً[٤] تعيّن الثاني[٥]، وإن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض يتعيّن الوجه الثاني، فليس له الفسخ حينئذٍ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدّة أو في أثنائها، ثمّ لو أعاد[٦] الظالم العين المستأجرة في أثناء المدّة إلى المستأجر فالخيار باقٍ، لكن ليس له الفسخ إلّا في الجميع، وربما يحتمل[٧] جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدّة في يد الغاصب، والرجوع بقسطه من المسمّى واستيفاء

---

١. ثبوت الخيار بالغصب بعد القبض محلّ إشكال، بل منع. (**خميني**).

ـ ثبوت الخيار في صورة الأخذ بعد التسليم مشكل. (**لنكراني**).

٢. مرّ مقتضى التحقيق في المسألة الخامسة. (**لنكراني**).

٣. مرّ ما هو الأقوى. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مرّ أنّ هذا الاحتمال هو الأظهر. (**خوئي**).

٤. لا قوّة فيه. (**خميني**).

ـ أي فيما هو المفروض من كون المنع متوجّهاً إلى المستأجر، والممنوع عنه هو الانتفاع بالعين؛ لعدم الفرق حينئذٍ بين ما إذا كان المنع قبل القبض أو بعده، وأمّا إذا كان المنع متوجّهاً إلى المؤجر والممنوع عنه هو الإقباض فلا وجه لهذا الاحتمال أصلاً. (**لنكراني**).

٥. هذا الاحتمال هو المتعيّن فيما إذا كان منع الظالم متوجهاً إلى المستأجر في انتفاعه، لا إلى المؤجر في تسليمه. (**خوئي ـ صانعي**).

٦. أي في الصورة الأُولى التي حكم فيها بالخيار، وحينئذٍ فالتعبير بالإعادة فيه مسامحة واضحة؛ لعدم كون العين في يد المستأجر في زمان أصلاً. (**لنكراني**).

٧. هذا الاحتمال ضعيف، والفرق بينه وبين مانسب إلى المشهور ظاهر. (**خميني ـ صانعي**).

باقي المنفعة، وهو ضعيف؛ للزوم[١] التبعيض في العقد، وإن كان يشكل الفرق بينه وبين ما ذكر من مذهب المشهور من إبقاء العقد فيما مضى وفسخه فيما بقي، إذ إشكال تبعيض العقد مشترك بينهما.

(**مسألة ١٢**): لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء، كما لو استأجر دابّة لتحمله إلى بلد فمرض المستأجر ولم يقدر، فالظاهر البطلان[٢] إن اشترط المباشرة على وجه القيديّة، وكذا لو حصل له عذر آخر، ويحتمل[٣] عدم البطلان[٤]. نعم لو كان هناك عذر عامّ بطلت قطعاً؛ لعدم قابليّة العين للاستيفاء حينئذٍ.

(**مسألة ١٣**): التلف السماوي[٥] للعين المستأجرة أو لمحلّ العمل موجب للبطلان، ومنه إتلاف الحيوانات. وإتلاف المستأجر بمنزلة[٦] القبض، وإتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه والفسخ، وإتلاف الأجنبي موجب لضمانه[٧]، والعذر العامّ بمنزلة التلف، وأمّا العذر الخاصّ بالمستأجر، كما إذا استأجر دابّة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة[٨]، أو

---

١. لا للزوم التبعيض حتى يشكل الفرق بينه وبين ما ذكر من مذهب المشهور، بل لأجل عدم تأثير الفسخ في الزمان السابق بعد وقوع الإجارة صحيحة، وعليه فالفرق ظاهر. (**لنكراني**).

٢. فيه تأمّل، بل عدم البطلان لا يخلو من قرب. (**خميني ـ صانعي**).

٣. وهذا هو الأظهر. (**لنكراني**).

٤. هذا الاحتمال هو الأظهر. (**خوئي**).

٥. الأقرب بطلان الإجارة في جميع صور التلف والإتلاف، وضمان المتلف للمالك، ورجوع المستأجر إلى المؤجر في مال الإجارة حتّى مع إتلافه العين؛ من غير فرق بين العين المستأجرة ومحلّ العمل. (**خميني**).

٦. لم يدلّ دليل على هذه المنزلة، بل الظاهر أنّ صور الإتلاف الأربعة يجري فيها حكم صورة التلف وهو البطلان. غاية الأمر ضمان المتلف للمالك إذا لم يكن نفسه ولم يكن حيواناً. (**لنكراني**).

٧. لكنّه إذا كان قبل القبض جاز للمستأجر الفسخ، هذا بالإضافة إلى العين المستأجرة، وأمّا بالإضافة إلى إتلاف محلّ العمل فالظاهر هو البطلان. (**خوئي**).

٨. تقدّم أنّ الأظهر في أمثاله عدم البطلان. (**خوئي**).

رجلاً لقلع سنّه فزال ألمه أو نحو ذلك، ففيه إشكال[١]، ولا يبعد أن يقال: إنّه يوجب البطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصحّ معه العقد[٢].

(**مسألة ١٤**): إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي حقّ الاستمتاع وقفت[٣] على إجازة الزوج، بخلاف ما إذا لم يكن منافياً، فإنّها صحيحة[٤]، وإذا اتّفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها.

(**مسألة ١٥**): قد ذكر سابقاً أنّ كلّاً من المؤجر والمستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة بنفس العقد، ولكن لا يجب تسليم أحدهما إلّا بتسليم الآخر، وتسليم المنفعة بتسليم العين، وتسليم الأُجرة بإقباضها، إلّا إذا كانت منفعة أيضاً، فبتسليم العين التي تستوفى منها، ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم، ولو تعاسرا أجبرهما الحاكم، ولو كان أحدهما باذلاً دون الآخر ولم يمكن جبره كان للأوّل الحبس إلى أن يسلّم الآخر، هذا كلّه إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما، وإلّا كان هو المتّبع، هذا.

---

١. الأقوى هو البطلان في مثل زوال ألم السنّ، وأمّا في المثال الآخر فقد تقدّم ما هو الأقرب. (**خميني ـ صانعي**).

ـ قد مرّ منه استظهار البطلان فيما إذا اشترط المباشرة على وجه القيديّة، ومرّ منّا أنّ الأظهر هو العدم مطلقاً في استئجار الدابّة، وأمّا استئجار الرجل لقلع السنّ فقد عرفت أنّه لا دليل على الانفساخ فيما إذا لم يكن القلع محرّماً، وفي هذه الصورة يشكل الحكم، وأمّا ما ذكره من الضابط فغير مستقيم لعدم التلازم. (**لنكراني**).

٢. إنّ الأمر وإن كان كذلك، إلّا أنّ بطلان الإجارة على قلع الضرس الزائل عنه الألم لا يخلو عن إشكال بل منع كما مرّ. (**خوئي**).

٣. الظاهر هو الصحّة ولو مع منع الزوج؛ لعدم المنافاة بين الاستحقاقين؛ لتحقّق الاعتبار بالإضافة إليهما وعدم كون اعتبار القدرة على التسليم على فرضه موجباً للمنع بعد عدم الإخلال به. (**لنكراني**).

٤. إذا كان مورد الإجارة في معرض إرادة الزوج للاستمتاع ففي الصحّة إشكال، بل منع. نعم لو كان احتمال تعلّق إرادته ضعيفاً لا يعتني به العقلاء، فالعقد محكوم بالصحّة ظاهراً، ولو اتّفق إرادته يكشف عن فساده. (**خميني**).

وأمّا تسليم العمل فإن كان مثل الصلاة والصوم والحجّ والزيارة ونحوها فبإتمامه، فقبله لا يستحقّ المؤجر المطالبة وبعده لا يجوز للمستأجر المماطلة، إلّا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأُجرة فيتّبع، وإلّا فلا يستحقّ حتّى لو لم يمكن له العمل إلّا بعد أخذ الأُجرة، كما في حجّ الاستئجاري إذا كان المؤجر معسراً، وكذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك، فإنّ إتمام العمل تسليم، ولا يحتاج إلى شيء آخر، وأمّا في مثل الثوب الذي أعطاه ليخيطه أو الكتاب الذي يكتبه أو نحو ذلك ممّا كان العمل في شيء بيد المؤجر، فهل يكفي إتمامه في التسليم، فبمجرّد الإتمام يستحقّ المطالبة، أو لا إلّا بعد تسليم مورد العمل، فقبل أن يسلّم الثوب مثلاً لا يستحقّ مطالبة الأُجرة؟ قولان، أقواهما الأوّل[1]؛ لأنّ المستأجر عليه نفس العمل، والمفروض أنّه قد حصل[2] لا الصفة الحادثة في الثوب مثلاً، وهي المخيطيّة، حتّى يقال: إنّها في الثوب، وتسليمها بتسليمه، وعلى ما ذكرنا فلو تلف الثوب مثلاً بعد تمام الخياطة في يد المؤجر بلا ضمان يستحقّ أُجرة العمل، بخلافه

---

١. بل أقواهما الثاني، ولكنّه مع ذلك إذا تلف الثوب بعد تمام الخياطة مثلاً في يد المؤجر بلا ضمان استحقّ أُجرة العمل؛ لأنّه ليس من التلف قبل القبض، ولو تلف مع ضمانه وجبت عليه قيمته مخيطاً، واستحقّ الأُجرة المسمّاة؛ لأنّ العين ملك للمستأجر ولا يشاركه المؤجر فيها. (**خوئي**).

ـ بل الثاني؛ لأنّ الإجارة وإن كانت متعلّقة بالخياطة لكن مالية مثل الخياطة تكون بتسليمه وهو كون الثوب مخيطة ولابدّ للأجير من تسليم ما يكون مالاً ليأخذ ما يقابله من الأُجرة فتسليم المنفعة الموجبة لتسليم الأُجرة بتسليم المورد. (**صانعي**).

٢. إن كان الملاك حصول المستأجر عليه وتحقّقه في الخارج ـ كما هو ظاهر العبارة ـ فأيّ فرق بين ما إذا كان هو العمل أو الصفة الحادثة في الثوب؛ لأنّه في كليهما قد تحقّق ما هو المستأجر عليه وإن لم يسلّم الثوب، وإن كان الملاك تحقّق التسليم كما هو الظاهر، فكما أنّ تسليم الصفة بتسليم الموصوف، كذلك تسليم العمل بتسليم مورده.

وبالجملة: الظاهر عدم الفرق بين الصورتين ولزوم تسليم الثوب على كلا التقديرين، لكنّه لا بمعنى تقدّم استحقاق المستأجر على الأجير، بل بمعنى توقّف استحقاق مطالبة الأُجرة على تسليم الثوب، كما أنّ استحقاق مطالبة الثوب من طرف المستأجر يتوقّف على تسليم الأُجرة. (**لنكراني**).

على القول الآخر[١] ولو تلف مع ضمانه أو أتلفه وجب عليه قيمته مع وصف المخيطيّة، لا قيمته قبلها، وله الأُجرة المسمّاة بخلافه على القول الآخر، فإنّه لا يستحقّ الأُجرة، وعليه قيمته غير مخيط[٢]، وأمّا احتمال عدم استحقاقه الأُجرة مع ضمانه القيمة مع الوصف فبعيد، وإن كان له وجه[٣]، وكذا يتفرّع على ما ذكر: أنّه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفي الأُجرة، فإنّها بيده أمانة، إذ ليست هي ولا الصفة التي فيها مورداً للمعاوضة، فلو حبسها ضمن، بخلافه على القول الآخر.

(**مسألة ١٦**): إذا تبيّن بطلان الإجارة رجعت الأُجرة إلى المستأجر واستحقّ المؤجر أُجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة أو فاتت تحت يده، إذا كان جاهلاً بالبطلان، خصوصاً مع علم المستأجر، وأمّا إذا كان عالماً فيشكل ضمان[٤] المستأجر،

---

١. بل على هذا القول أيضاً يستحقّ أُجرة العمل؛ لأنّ المتوقّف على تسليم الثوب إنّما هو استحقاق المطالبة لا أصل استحقاق الأُجرة، كيف وقد ذكر في أوّل المسألة أنّ ملكية الأُجرة تتحقّق بنفس العقد من دون توقّف على شيء، ولم يدلّ دليل هنا على انفساخ الإجارة؛ لعدم كونه من التلف قبل القبض، وتوقّف استحقاق المطالبة على تسليم الثوب إنّما هو فيما إذا أمكن، ومع عدمه كما في المقام يستحقّ المطالبة أيضاً. (**لنكراني**).

٢. بل عليه قيمته مخيطاً على هذاالقول أيضاً، فإذا أعطى قيمته كذلك يستحقّ الأُجرة. (**خميني**).

ـ بل عليه قيمته مخيطاً على القول الآخر أيضاً فإنّه مع هذا الوصف ملك للمستأجر وإن لم يستحقّ الأجير مطالبة الأُجرة من المستأجر لكن بعد إعطائه القيمة، الموجر يستحقّ الأُجرة المسمّى لتسليم العمل ببدله. (**صانعي**).

ـ بل عليه قيمته مخيطاً، ويستحق الأُجرة المسمّاة كما مرّ. (**لنكراني**).

٣. غير وجيه. (**خميني**).

ـ غير صحيح. (**لنكراني**).

٤. الأقوى هو الضمان في غير الإجارة بلا عوض أو بما لا يتموّل عرفاً، من غير الفرق فيهما بين العلم بالبطلان وعدمه، ومن هنا يظهر حال الأُجرة في يد المؤجر، فإنّ عليه الضمان، علم المستأجر ببطلانها شرعاً أو لا، وكذا يظهر ممّا ذكرنا حال الإجارة على الأعمال، فإنّ العامل يستحقّ أُجرة مثل عمله إلّا فيما تقدّم. (**خميني**).

خصوصاً إذا كان جاهلاً[١]؛ لأنّه بتسليمه العين إليه قد هتك[٢] حرمة ماله، خصوصاً إذا كان البطلان من جهة جعل الأُجرة ما لا يتموّل شرعاً أو عرفاً، أو إذا كان أُجرة بلا عوض[٣]، ودعوى: أنّ إقدامه وإذنه في الاستيفاء إنّما هو بعنوان الإجارة، والمفروض عدم تحقّقها، فإذنه مقيّد بما لم يتحقّق، مدفوعة، بأنّه إن كان المراد كونه مقيّداً بالتحقّق شرعاً فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحّة شرعاً لا يعقل قصد تحقّقه إلّا على وجه التشريع المعلوم عدمه، وإن كان المراد تقيّده بتحقّقها الإنشائيّة فهو حاصل، ومن هنا يظهر حال الأُجرة أيضاً، فإنّها لو تلفت في يد المؤجر يضمن عوضها إلّا إذا كان المستأجر[٤] عالماً[٥] ببطلان الإجارة، ومع ذلك دفعها إليه. نعم إذا كانت موجودة له أن يستردّها، هذا.

---

١. الظاهر هو الضمان إلّا فيما إذا أقدم المؤجر أو الأجير على عدمه، وكذا الحال في ضمان المؤجر أو الأجير الأُجرة، ثمّ إنّه لم يظهر وجه للخصوصية في شيء من الموردين. (**خوئي**).

٢. تسليم العين في المعاملات الفاسدة شرعاً ليس موجباً لهتك حرمة المال ورفع اليد عمّا هو مقتضى احترامه، ضرورة أنّ الإقدام والإذن إنّما هو بعنوان تلك المعاملة. غاية الأمر أنّه مع العلم بالفساد شرعاً لا يقصد إلّا ما هو معناها بنظر العرف، بل في صورة الصحّة أيضاً لا يكون المقصود إلّا المعنى العرفي للمعاملة، وعليه فالإقدام مع العلم بالفساد لا يكون موجباً للهتك رافعاً للضمان. نعم، فيما إذا كان الفساد لأجل عدم الأُجرة، أو كونها غير متموّلة عند العرف يكون الإقدام مساوقاً للهتك ورافعاً للضمان، سواء كان ذلك مع العلم بالفساد أو مع الجهل. (**لنكراني**).

٣. الأقوى عدم الضمان فيه وفيما لو جعل الأُجرة ما لا يتموّل عرفاً فقط دون ما كان البطلان من جهات أُخرى وذلك لكون التسليط في الصورتين مجانياً. وأمّا في غيرهما فليس بمجاني ولم يهتك حرمة ماله بحسب بنائه العرفي وإن كان عالماً بالفساد شرعاً فلا يكون خارجاً عن أدلّة الضمانات ولا اختصاص لهذا التفصيل بالإجارة بل يكون الأمر في جميع المعاوضات كذلك كما لا يخفى. هذا مع أنّ الدعوى تامّة وما دفعه به من عدم التقيد بالتحقّق الشرعي لمنافاته مع العلم بالبطلان وعدم الجدوى في التقيد بالتحقّق الإنشائي غير تمام حيث إنّ التحقّق الإنشائي ملازم مع قصد تحقّق المعاملة العرفية العقلائية وقصد أخذ الأُجرة في مقابل إجارة العين. (**صانعي**).

٤. قد ظهر ممّا ذكرنا ثبوت الضمان في هذه الصورة أيضاً. (**لنكراني**).

٥. بل وإن كان عالماً لما مرّ. (**صانعي**).

وكذا في الإجارة على الأعمال إذا كانت باطلة يستحقّ العامل أُجرة المثل لعمله دون المسمّاة، إذا كان جاهلاً بالبطلان، وأمّا إذا كان عالماً[١] فيكون هو المتبرّع[٢] بعمله، سواء كان بأمر من المستأجر أو لا، فيجب عليه ردّ الأُجرة المسمّاة أو عوضها، ولا يستحقّ أُجرة المثل، وإذا كان المستأجر أيضاً عالماً فليس[٣] له مطالبة[٤] الأُجرة مع تلفها ولو مع عدم العمل من المؤجر.

(**مسألة ١٧**): يجوز إجارة المشاع، كما يجوز بيعه وصلحه وهبته، ولكن لا يجوز[٥] تسليمه إلّا بإذن الشريك إذا كان مشتركاً. نعم إذا كان المستأجر جاهلاً بكونه مشتركاً كان له خيار الفسخ للشركة، وذلك كما إذا آجره داره فتبيّن أنّ نصفها للغير ولم يجز ذلك الغير، فإنّ له خيار الشركة بل وخيار التبعّض، ولو آجره نصف الدار مشاعاً وكان المستأجر معتقداً أنّ تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها، فتبيّن أنّ النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير، ففي ثبوت الخيار له حينئذٍ وجهان، لا يبعد ذلك[٦] إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له[٧].

---

١. قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ العالم أيضاً يستحقّ أُجرة المثل إلّا فيما إذا كان الفساد ناشئاً عن عدم جعل الأُجرة أو كونها غير متموّلة لدى العرف. (**لنكراني**).

٢. كونه متبرّعاً بعمله مع عدم قصده المجانية ممنوع إلّا إذا آجر نفسه للعمل بلا أُجرة أو بأُجرة لا تكون مالاً عرفاً. (**صانعي**).

٣. ظهر حكمه ممّا تقدّم. (**لنكراني**).

٤. بل له مطالبته. (**صانعي**).

٥. وهو لا يلازم عدم صحّة التسليم، فإذا عصى وسلّم من دون إذن الشريك يترتّب على التسليم جميع آثاره، وإن كان محرّماً موجباً للضمان أيضاً. (**لنكراني**).

٦. بل هو بعيد، إلّا فيما إذا عدّت العين معيبة مع تلك الشركة. (**خوئي**).

ـ بل هو بعيد، إلّا مع تخلّف الشرط الضمني ولو كان بنائياً، وكأن ظاهر كلامه كونه بتمامه للموجر أو أخبر بذلك ووقع العقد مبنياً عليه. (**صانعي**).

٧. موجبة للغبن. (**خميني**).

ـ بحيث عدّت معيوبة أو صارت موجبة للغبن، وأمّا مجرّد كونها منقصة بالإضافة إلى المستأجر من دون أحد القيدين فلا يوجب الخيار. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٨**): لا بأس باستئجار[١] اثنين داراً على الإشاعة، ثمّ يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة، وكذا يجوز استئجار اثنين دابّة للركوب على التناوب، ثمّ يتّفقان على قرار بينهما بالتعيين بفرسخ فرسخ أو غير ذلك، وإذا اختلفا في المبتدئ يرجعان إلى القرعة، وكذا يجوز استئجار اثنين دابّة مثلاً لا على وجه الإشاعة، بل نوباً معيّنة بالمدّة أو بالفراسخ، وكذا يجوز إجارة اثنين نفسهما على عمل معيّن على وجه الشركة[٢] كحمل شيء معيّن لا يمكن إلّا بالمتعدّد.

(**مسألة ١٩**): لا يشترط اتّصال مدّة الإجارة بالعقد على الأقوى، فيجوز أن يؤجره داره شهراً متأخّراً عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا، ودعوى البطلان من جهة[٣] عدم القدرة على التسليم كما ترى، إذ التسليم لازم في زمان الاستحقاق لا قبله. هذا، ولو آجره داره شهراً وأطلق، انصرف[٤] إلى الاتّصال بالعقد. نعم لو لم يكن انصراف بطل.

---

١. أمّا بأن يستأجراها بإجارة واحدة، أو بأن يستأجر كلّ واحد منهما نصفها المشاع. (**لنكراني**).

٢. وليس هذا من قبيل الشركة في الأبدان الغير الجائزة. (**لنكراني**).

٣. كما أنّ دعوى البطلان من سائر الجهات ـ كلزوم تخلّف المعلول عن العلّة، أو اقتضاء الانفصال التعليق أو كونه منافياً لمقتضى العقد ـ مدفوعة. (**لنكراني**).

٤. إذا لم تكن مستأجرة. (**خميني**).

ـ إذا لم تكن قرينة على خلافه ككونها مستأجرة. (**صانعي**).

ـ مع احتمال كون المراد هو المتّصل، وأمّا مع العلم بعدم لحاظ شيء من الاتصال والانفصال فلا وجه للانصراف، بل لابدّ إمّا من الحكم بالبطلان على فرض تحقّق الغرر وإمّا من الحكم بالصحّة من دون انصراف على فرض عدمه. (**لنكراني**).

فصل

[الضمان في الإجارة]

العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعيّبها إلّا بالتعدّي أو التفريط، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونهما فالمشهور عدم الصحّة[1]، لكن الأقوى[2] صحّته، وأولى بالصحّة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب، لا بعنوان الضمان، والظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين بين أن يكون التلف في أثناء المدّة أو بعدها[3]، إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلّى[4] بينه وبينها ولم يتصرّف بعد ذلك فيها.

ثمّ هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، وأمّا إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان، أقواهما العدم، خصوصاً إذا كان المؤجر عالماً بالبطلان حين الإقباض دون المستأجر.

(**مسألة ١**): العين التي للمستأجر بيد المؤجر الذي آجر نفسه لعمل فيها، كالثوب آجر نفسه ليخيطه أمانة، فلا يضمن تلفها أو نقصها إلّا بالتعدّي أو التفريط، أو اشتراط ضمانها[5] على

---

١. وهو الصحيح. نعم لا بأس باشتراط التدارك من ماله، كما أنّه لا بأس باشتراط أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب. (**خوئي**).

٢. محلّ إشكال، بل عدم الصحّة لا يخلو من قوّة. نعم لا إشكال فيه على النحو الثاني. (**خميني**).

٣. إلى مدّة يتعارف الردّ فيها إلى صاحبها، فإن أخّر عنها فالظاهر الضمان، إلّا أن يكون تعارف في البقاء عنده حتّى يرجع إليه صاحبها. (**خميني**).

٤. ولا دليل على وجوب الردّ، وعلى تقديره لا ملازمة بينه وبين الضمان. (**لنكراني**).

٥. مرّ ما هو الأقوى. (**خميني**).

حذو ما مرّ في العين[١] المستأجرة ولو تلفت أو أتلفها المؤجر أو الأجنبيّ قبل العمل[٢] أو في الأثناء بطلت الإجارة[٣] ورجعت الأُجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر، بل لو أتلفها مالكها المستأجر كذلك أيضاً. نعم لو كانت الإجارة واقعة على منفعة المؤجر، بأن يملك منفعته الخيّاطي في يوم كذا، يكون إتلافه لمتعلّق العمل بمنزلة استيفائه؛ لأنّه بإتلافه إيّاه فوّت على نفسه المنفعة، ففرق بين أن يكون العمل في ذمّته أو يكون منفعته الكذائيّة للمستأجر، ففي الصورة الأُولى التلف قبل العمل موجب للبطلان، ورجوع الأُجرة إلى المستأجر وإن كان هو المتلف، وفي الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء، وحيث إنّه مالك لمنفعة المؤجر وقد فوّتها على نفسه، فالأُجرة ثابتة عليه.

(**مسألة ٢**): المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء[٤] في القيميّات لا يوم التلف، ولا أعلى القيم على الأقوى.

(**مسألة ٣**): إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطاً واستحقّ الأُجرة المسمّاة، وكذا لو حمل متاعاً إلى مكان معيّن ثمّ تلف مضموناً أو أتلفه، فإنّه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيّراً بين تضمينه غير مخيط بلا أُجرة أو مخيطاً مع الأُجرة، وكذا لا أن يكون في المتاع مخيّراً بين قيمته غير محمول في مكانه الأوّل بلا أُجرة أو في ذلك المكان مع الأُجرة كما قد يقال.

---

١. الحال فيه كما تقدّم آنفاً. (**خوئي**).

٢. هذا الذي أفاده هنا يناقض ما ذكره في الفصل المتقدّم من عدم كون ما عدى التلف وإتلاف الحيوان موجباً لبطلان الإجارة، فأيّ فرق بين الإتلاف بعد القبض وبينه قبل القبض، خصوصاً بعد كون إتلاف المستأجر بمنزلة القبض، وقد مرّ أنّ الأقوى هو البطلان في جميع الفروض. (**لنكراني**).

٣. مرّ التفصيل بين التلف السماوي وغيره في المسألة الثالثة عشرة من الفصل السابق، وما ذكره هنا يناقض ما تقدّم منه فيها، وقد تقدّم أيضاً أنّ اتلاف المستأجر بمنزلة قبضه. (**خوئي**).

٤. لا يبعد أن يكون المدار على قيمة يوم الضمان، والأحوط الرجوع إلى المصالحة عند اختلاف القيمتين. (**خوئي**).

ـ فيما كان المضمون لغير التجارة كالألبسة ولوازم المعيشة وأمثالها وأعلى القيم فيما كان المضمون لمثل التجارة والبيع والشراء. (**صانعي**).

(**مسألة ٤**): إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو لتفصيل الثوب ضمن، وكذا الحجّام إذا جنى في حجامته، أو الختّان في ختانه، وكذا الكحّال والبيطار وكلّ من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامناً، إذا تجاوز عن الحدّ المأذون فيه وإن كان بغير قصده؛ لعموم من أتلف، وللصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه، فقال عليه السلام: «كلّ عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» بل ظاهر المشهور ضمانه وإن لم يتجاوز عن الحدّ المأذون فيه، ولكنّه مشكل[1]، فلو مات الولد بسبب الختان مع كون الختّان حاذقاً من غير أن يتعدّى عن محلّ القطع، بأن كان أصل الختان مضرّاً به في ضمانه إشكال[2].

(**مسألة ٥**): الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن وإن كان حاذقاً[3]، وأمّا إذا لم يكن

---

١. بل الأقوى عدم الضمان، ومع ذلك الظاهر هو الضمان في مسألة الختان، إلّا إذا كان المقتول به هو الذي سلّم نفسه له مع استجماعه شرائط التكليف. (**خوئي**).

٢. والأقوى عدم الضمان. (**خميني**).

ـ أظهره العدم فيما لم يكن التلف مستنداً إلى فعله بأن كان لجهة خاصة في المختون بحيث كانت الختنة بما هي هي موجبة لتلفه نعم مع احتمال الختّان ذلك لا يجوز له الختان ويكون ضامناً. وبالجملة الضمان فيه موقوف على الاستناد إليه أو عدم احتياطه وعدم مبالاته بحيث يكون الختان عليه غير جائز. (**صانعي**).

ـ والظاهر عدم الضمان إلّا إذا كان التشخيص في أصل كون الختان مضرّاً أم لا بعهدته أيضاً، فإنّ الظاهر في هذه الصورة الضمان كالطبيب. (**لنكراني**).

٣. فيما لم يرجع إفساده إلى جهل البشر وعجزه عن دفع الفساد أو كان مقصّراً بحسب المقررات الطبية الرائجة في زماننا هذا، وإلّا فالأقوى عدم ضمانه لأقوائية السبب وهو جهل البشر عن المباشر أي الطبيب ولأصالة البرائة، وضمان الطبيب بما هو لا دليل عليه إلّا في موثّقة السكوني من قوله عليه السلام: «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليّه وإلّا فهو له ضامن»[(أ)] ومن الظاهر أنّ المتطبّب من باب التفعّل وهو المنتمي نفسه إلى الطبابة وذلك بخلاف الطبيب كما لا يخفى. (**صانعي**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٩: ٢٦٠، أبواب موجبات الضمان، الباب ٢٤، الحديث ١.

مباشراً بل كان آمراً ففي ضمانه إشكال[١]، إلّا أن يكون سبباً وكان أقوى من المباشر[٢] وأشكل منه إذا كان واصفاً للدواء من دون أن يكون آمراً، كأن يقول: إنّ دواءك كذا وكذا، بل الأقوى فيه عدم الضمان، وإن قال: الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني، فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمّل فيه، وكذا لو قال: لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني.

(**مسألة ٦**): إذا تبرّأ الطبيب من الضمان وقبل المريض أو وليّه، ولم يقصّر في الاجتهاد والاحتياط، برئ على الأقوى[٣].

(**مسألة ٧**): إذا عثر الحمّال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلاً ضمن، لقاعدة[٤] الإتلاف[٥].

(**مسألة ٨**): إذا قال للخيّاط مثلاً: إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكف، ضمن في وجه، ومثله لو قال: هل يكفي قميصاً؟ فقال: نعم، فقال اقطعه فلم يكفه. وربما يفرّق بينهما[٦] فيحكم بالضمان في الأوّل دون الثاني[٧]، بدعوى: عدم الإذن في الأوّل دون الثاني، وفيه: أنّ في الأوّل أيضاً الإذن حاصل[٨]، وربما يقال بعدم الضمان فيهما للإذن

---

١. بل الظاهر هو الضمان مطلقاً، وإن لم يكن هناك أمر، بل كان في مقام الطبابة والمعالجة؛ لإطلاق النص، فالملاك صدق عنوان التطبّب، ولا يعتبر فيه المباشرة ولا الأمر. (**لنكراني**).

٢. لا يبعد الضمان في التطبّب على النحو المتعارف؛ سواء أمر أم لا. (**خميني**).

٣. بل يكون مثله بريئاً وإن لم يتبرّأ لما مرّ في المسألة الخامسة من عدم ضمان الطبيب من رأس. (**صانعي**).

٤. في جريان القاعدة مع عدم التقصير في العثور إشكال، وإن كان لا يبعد دعواه؛ لأنّه يكفي في صدق الإتلاف مجرّد الاستناد، وإن لم يكن عن قصد واختيار. (**لنكراني**).

٥. الظاهر أنّه لا يصدق الإتلاف إذا لم يفرط في مشيه، وعليه فلا ضمان عليه. (**خوئي**).

٦. الظاهر أنّ الفرق هو الصحيح، فإنّ الإذن في الأوّل مقيّد بالكفاية دون الثاني. (**خوئي**).

٧. في الثاني أيضاً لا يكون إذن؛ لأنّه مبنيّ على الكفاية، كما يدلّ عليه السؤال، والمفروض عدمها، فالظاهر ثبوت الضمان في الصورتين من جهة عدم الإذن، وأمّا قاعدة الغرور فجريانها في المقام مشكل. (**لنكراني**).

٨. إذنه إنّما هو على تقدير الكفاية، كما أنّ الإذن في الثاني ـ أيضاً ـ مبنيّ عليه، ولا يوجب شيء

فيهما، وفيه: أنّه مقيّد بالكفاية، إلّا أن يقال: إنّه مقيّد باعتقاد الكفاية وهو حاصل، والأولى الفرق بين الموارد والأشخاص بحسب صدق الغرور وعدمه، أو تقيّد الإذن وعدمه، والأحوط مراعاة الاحتياط.

(**مسألة ٩**): إذا آجر عبده لعمل فأفسد، ففي كون الضمان عليه، أو على العبد يتبع به بعد عتقه، أو في كسبه إذا كان من غير تفريط، وفي ذمّته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط، أو في كسبه مطلقاً وجوه وأقوال، أقواها الأخير[١]؛ للنصّ الصحيح[٢]. هذا في غير الجناية على نفس أو طرف، وإلّا فيتعلّق برقبته، وللمولى فداؤه[٣] بأقلّ الأمرين من الأرش والقيمة.

(**مسألة ١٠**): إذا آجر دابّة لحمل متاع فعثرت وتلف أو نقص لا ضمان على صاحبها، إلّا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

(**مسألة ١١**): إذا استأجر سفينة أو دابّة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها. نعم لو اشترط[٤] عليه الضمان صحّ[٥]؛ لعموم دليل الشرط وللنصّ.

← منهما رفع الضمان. (**خميني**).

١. بل الأوّل؛ للنصّ الصحيح، وأمّا النصّ الذي أشار إليه، فالظاهر منه غير ما نحن فيه أو يقيّد بالنصّ المتقدّم، والجناية على النفس والطرف تحتاج إلى المراجعة. (**خميني**).

ـ هذا فيما إذا استهلك العبد أموالاً أُخر غير مورد الإجارة، وأمّا الإفساد في مورد الإجارة فالأقوى فيه القول الأوّل. (**خوئي**).

ـ بل أقواها الأوّل نعم إن استهلك مالاً آخر للمستأجر غير ما استؤجر لإصلاحه فالأقوى فيه هو الأخير للنصّ الصحيح. (**صانعي**).

٢. لكن مورده ما إذا استهلك مالاً كثيراً آخر، والمفروض في المقام إفساد مورد الإجارة ومقتضى النصّ الحسن الوارد فيه كون الضمان فيه على المولى. (**لنكراني**).

٣. هذا فيما إذا كان القتل أو الجناية خطأً، وأمّا في فرض العمد فلا خيار للمولى بل لولي المقتول الخيار بين الاقتصاص والاسترقاق، وكذلك المجني عليه إذا كانت الجناية تحيط برقبة العبد. (**خوئي**).

٤. الأولى الأحوط أن يشترط عليه على حذو ما ذكرنا في العين المستأجرة. (**خميني**).

(**مسألة ١٢**): إذا حمل الدابّة المستأجرة أزيد من المشترط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق ضمن تلفها أو عوارها، والظاهر ثبوت أُجرة المثل لا المسمّى[٦] مع عدم التلف؛ لأنّ العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل. نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد[٧] ثبت عليه المسمّاة وأُجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة.

(**مسألة ١٣**): إذا اكترى دابّة فسار عليها زيادة عن المشترط ضمن، والظاهر[٨] ثبوت الأُجرة المسمّاة بالنسبة إلى المقدار المشترط وأُجرة المثل بالنسبة إلى الزائد.

(**مسألة ١٤**): يجوز لمن استأجر دابّة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف، أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف، إلّا مع منع المالك[٩] من ذلك أو

---

٥. على تفصيل تقدّم آنفاً. (**خوئي**).

٦. بل الظاهر ثبوت المسمّى بالنسبة إلى المقدار المشترط أو المتعارف، وأُجرة مثل الزيادة. نعم لو فرض إيقاع الإجارة على حمل مقدار معيّن بشرط لا عن غيره، فيصير حكمه حكم المتباينين على ما يأتي. (**خميني**).

٧. المرتكز العرفي هو الاشتراط دون التقييد، ولو فرض التقييد بنصب القرينة عليه فالظاهر ثبوت الأُجرتين كما سيأتي. (**خوئي**).

ـ إن كان المراد بالتقييد هو كون مورد الإجارة هو الحمل المقيّد بشرط لا عن الزيادة فحكمه حكم المتباينين، وسيجيء. وإن كان المراد به كون حمل مقدار معيّن مأخوذاً بنحو وحدة المطلوب في مقابل الاشتراط الذي يكون مأخوذاً بنحو التعدّد، فالفرق بينهما من هذه الجهة غير واضح، بل الظاهر ثبوت المسمّى وأُجرة المثل في كلتا الصورتين. (**لنكراني**).

٨. يأتي فيه التفصيل المتقدّم. (**خميني**).

ـ حكم هذه المسألة حكم المسألة المتقدّمة، ولا وجه للإطلاق هنا مع التفصيل هناك. (**لنكراني**).

٩. في ضمن العقد، وأمّا بعد العقد فلا تأثير في منعه من المتعارف. (**خميني**).

ـ بشرط كونه في ضمن العقد لا مطلقاً. (**لنكراني**).

كونه معها، وكان المتعارف سوقه هو، ولو تعدّى عن المتعارف أو مع منعه[١] ضمن نقصها أو تلفها، أمّا في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدّي إشكال، بل الأقوى العدم؛ لأنّه مأذون فيه[٢].

(**مسألة ١٥**): إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن، إلّا مع التقصير في الحفظ ولو لغلبة النوم عليه[٣]، أو مع اشتراط الضمان[٤]، وهل يستحقّ الأُجرة مع السرقة؟ الظاهر لا؛ لعدم حصول العمل المستأجر عليه، إلّا أن يكون متعلّق الإجارة الجلوس عنده وكان الغرض هو الحفظ، لا أن يكون هو المستأجر عليه.

(**مسألة ١٦**): صاحب الحمّام لا يضمن الثياب إلّا إذا أُودع وفرّط أو تعدّى، وحينئذٍ يشكل صحّة اشتراط الضمان أيضاً؛ لأنّه[٥] أمين[٦] محض[٧]، فإنّه إنّما أخذ الأُجرة على الحمّام ولم يأخذ على الثياب. نعم لو استؤجر مع ذلك للحفظ أيضاً ضمن مع التعدّي أو التفريط، ومع اشتراط الضمان أيضاً؛ لأنّه حينئذٍ يأخذ الأُجرة على الثياب أيضاً، فلا يكون

---

١. بالشرط المذكور. (**لنكراني**).

٢. مجرّد التعارف لا يستلزم الإذن ليرفع الضمان. نعم لو كان بحيث ينتزع منه الإذن لدى العقلاء صحّ ما ذكره. (**خميني**).

ـ أي ولو كان الطريق إلى ثبوته والكاشف عن تحقّقه مجرّد التعارف. (**لنكراني**).

٣. في كونها من التقصير في الحفظ مطلقاً إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. بمعنى التدارك كما تقدّم. (**خوئي**).

٥. تعليل للإشكال في صحّة اشتراط الضمان في صورة الإيداع، وقوله: فإنّه إلخ متمّم للتعليل، لكن في النصّ قد جعل ذلك علّة لعدم ثبوت الضمان على صاحب الحمّام مطلقاً، مضافاً إلى أنّ اشتراط الضمان في الوديعة جائز عنده. (**لنكراني**).

٦. بل لا تبعد الصحّة كما مرّ نظيره منه، حيث إنّ الشرط مخالف لإطلاق كونه أميناً لا لمطلق ذلك. (**صانعي**).

٧. إذا كان الضمان بمعنى التدارك فاشتراطه لا ينافي كونه أميناً. (**خوئي**).

أميناً محضاً.

فصل

[في الإجارة الثانية]

يكفي في صحّة الإجارة كون المؤجر مالكاً للمنفعة، أو وكيلاً عن المالك لها، أو وليّاً عليه، وإن كانت العين للغير، كما إذا كانت مملوكة بالوصيّة أو بالصلح أو بالإجارة، فيجوز للمستأجر أن يؤجرها من المؤجر أو من غيره، لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن المؤجر إشكال[1] فلو استأجر دابّة للركوب أو لحمل المتاع مدّة معيّنة فآجرها في تلك المدّة أو في بعضها من آخر يجوز، ولكن لا يسلّمها إليه، بل يكون هو معها وإن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه، فجواز الإجارة لا يلازم تسليم العين بيده، فإن سلّمها بدون إذن المالك ضمن، هذا إذا كانت الإجارة الأُولى مطلقة، وأمّا إذا كانت مقيّدة كأن استأجر الدابّة لركوبه نفسه[2]،

---

١. وإن كان الجواز لا يخلو من وجه. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا يبعد الجواز إذا كان المستأجر الثاني أميناً مع إطلاق العقد كما هو المفروض، ومع ذلك للمالك مطالبة العين من المستأجر الأوّل بعد انقضاء المدّة، وبذلك يظهر عدم ضمانه بالتسليم إلى المستأجر الثاني. (**خوئي**).

ـ والظاهر هو الجواز، ويتبعه عدم الضمان لو تلف عند الثاني من دون تعدّ وتفريط. (**لنكراني**).

٢. في صحّة هذا النحو من الإجارة بناءً على ما هو المعروف عندهم في معنى الاجارة من كونها عبارة عن تمليك المنفعة إشكال؛ لعدم بقاء الفرق حينئذٍ بينها وبين العارية المتقوّمة بملك الانتفاع، فلا فرق عليه بين الدابّة المستأجرة المفروضة وبين الدابّة المستعارة، وكذا اشتراط عدم الإجارة من الغير إذا لم يكن الغرض عدم النقل بعنوان الإجارة فقط، ولم يكن المراد من الغير غير المؤجر، بل أعمّ منه ومن غير المستأجر، وكذا اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه، فإنّ الصحّة في جميع الصور الثلاثة على المذهب المشهور في معنى الإجارة مشكلة. (**لنكراني**).

فلا يجوز إجارتها من آخر[١]، كما أنّه إذا اشترط المؤجر عدم إجارتها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه كذلك أيضاً، أي لا يجوز إجارتها من الغير. نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه ولم يشترط كونها لنفسه جاز أيضاً إجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير، ثمّ لو خالف وآجر في هذه الصور ففي الصورة الأُولى وهي ما إذا استأجر الدابّة لركوبه نفسه بطلت؛ لعدم كونه مالكاً إلّا ركوبه نفسه، فيكون المستأجر الثاني ضامناً لأُجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة، وفي الصورة الثانية والثالثة في بطلان الإجارة وعدمه، وجهان[٢] مبنيّان على أنّ التصرّف المخالف للشرط باطل لكونه مفوّتاً لحقّ الشرط أولا، بل حرام وموجب للخيار، وكذا في الصورة الرابعة[٣] إذا لم يستوف هو بل سلّمها إلى ذلك الغير.

(**مسألة ١**): يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة وما بمعناها أن يؤجر العين المستأجرة بأقلّ ممّا استأجر، وبالمساوي له مطلقاً أيّ شيء كانت بل بأكثر

---

١. التقييد لا ينافي جواز الإجارة من آخر، وذلك كما إذا استأجرت المرأة داراً لسكناها مقيدة ثمّ تزوّجت، فإنّه يجوز لها أن تؤجرها من زوجها لسكناها، وبذلك يظهر ما في الحكم بالبطلان على الإطلاق بعيد ذلك. (**خوئي**).

٢. أوجههما الثاني، وأولى بذلك الصورة الرابعة. (**خميني**).

ـ أظهرهما الثاني في الصورة الثانية، وأمّا الصورة الثالثة فهي إن لم تكن الصورة الأُولى بعينها فمتّحدة معها حكماً. غير أنّه لا يجوز فيها الإجارة من الغير مطلقاً. (**خوئي**).

ـ الأقوى الصحّة مع الخيار. (**صانعي**).

ـ أوجههما الأوّل لا لما أفاده من التعليل بل لصحيح عليّ بن جعفر عليه السلام على ما يقتضيه التأمّل فيه. (**لنكراني**).

٣. الظاهر عدم بطلان الإجارة في هذه الصورة، فإنّ حرمة التسليم لا تلازم بطلان الإجارة، بل الظاهر عدم البطلان مع اشتراط التسليم أيضاً، فإن بطلان الشرط لا يوجب بطلان العقد الواقع فيه الشرط على الأظهر. (**خوئي**).

منه أيضاً إذا أحدث فيها حدثاً، أو كانت الأُجرة من غير جنس الأُجرة السابقة، بل مع عدم الشرطين أيضاً فيما عدا البيت والدار والدكّان والأجير، وأمّا فيها فإشكال[١]، فلا يترك الاحتياط بترك إجارتها بالأكثر[٢]، بل الأحوط[٣] إلحاق الرحى[٤] والسفينة بها أيضاً في ذلك، والأقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة، وإن كان الأحوط الترك فيها أيضاً، بل الأحوط الترك في مطلق الأعيان إلّا مع إحداث حدث فيها. هذا، وكذا لا يجوز أن يؤجر بعض أحد الأربعة المذكورة بأزيد من الأُجرة، كما إذا استأجر داراً بعشرة دنانير وسكن بعضها وآجر البعض الآخر بأزيد من العشرة، فإنّه لا يجوز بدون إحداث[٥] حدث[٦]. وأمّا لو آجر بأقلّ من العشرة فلا إشكال، والأقوى الجواز بالعشرة أيضاً، وإن كان الأحوط تركه.

(**مسألة ٢**): إذا تقبّل عملاً من غير اشتراط المباشرة ولا مع الانصراف إليها يجوز أن يوكله إلى عبده أو صانعه أو أجنبي، ولكن الأحوط عدم تسليم متعلّق العمل كالثوب ونحوه إلى غيره من دون إذن المالك[٧]، وإلّا ضمن[٨]، وجواز الإيكال لا

---

١. بل الأقوى عدم الجواز. (**خميني ـ لنكراني**).

٢. بل الأظهر ذلك، كما أنّ الأظهر ترك إجارتها بغير الجنس أيضاً، إذا كانت الأُجرة من النقود أو ما بحكمها. (**خوئي**).

ـ بل لا يترك بترك إجارتها بغير الجنس أيضاً. (**صانعي**).

٣. وإن كان عدم الإلحاق لا يخلو من قوّة، وكذا الخان. (**خميني ـ صانعي**).

٤. لا بأس بترك الاحتياط فيه. (**خوئي**).

٥. أو كون الأُجرة من غير جنس الأُجرة السابقة. (**خميني**).

٦. أو الشرط الآخر المتقدّم. (**لنكراني**).

٧. وإن كان جواز التسليم لا يخلو من وجه وجيه وهو الملازمة العرفية بين جواز الإيكال وجواز الدفع، وبذلك يظهر عدم الضمان؛ لمكان الإذن وكون يدهم كيَدِ المتقبل أمانيّة. (**صانعي**).

٨. قد عرفت جواز التسليم وعدم ثبوت الضمان. (**لنكراني**).

يستلزم جواز الدفع، كما مرّ نظيره[١] في العين المستأجرة، فيجوز له استئجار غيره لذلك العمل بمساوي الأُجرة التي قرّرها في إجارته أو أكثر، وفي جواز استئجار الغير بأقلّ من الأُجرة إشكال[٢]، إلّا أن يحدث حدثاً، أو يأتي ببعض، فلو آجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استئجار غيره لها بأقلّ منه، إلّا أن يفصله أو يخيط شيئاً منه ولو قليلاً، بل يكفي[٣] أن يشتري الخيط أو الإبرة[٤] في جواز الأقلّ وكذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشر دراهم مثلاً في صورة عدم اعتبار المباشرة يشكل[٥] استئجار غيره[٦] بتسعة مثلاً، إلّا أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلاً.

(**مسألة ٣**): إذا استؤجر لعمل في ذمّته لا بشرط المباشرة يجوز تبرّع الغير عنه، وتفرغ ذمّته بذلك، ويستحقّ الأُجرة المسمّاة. نعم لو أتى بذلك العمل المعيّن غيره،

---

١. مرّ الكلام فيها، وجواز دفع متعلّق العمل على المؤجر لذلك العمل ـ أيضاً ـ لا يخلو من وجه، والأحوط عدم الدفع إلى غير المؤجر. (**خميني**).

ـ ما ذكرناه في العين المستأجرة يجري هنا بعينه. (**خوئي**).

ـ مرّ جواز التسليم فيها أيضاً. (**صانعي**).

٢. الأقوى عدم الجواز. (**خميني**).

ـ أظهره عدم الجواز، ولا يكفي إحداث الحدث هنا في جوازه. (**خوئي**).

ـ والأحوط الترك. (**صانعي**).

٣. محلّ إشكال، بل منع. (**خميني**).

ـ الظاهر عدم كفاية مثل ذلك بمجرّده. (**لنكراني**).

٤. هذا إذا اشتراه بماله، وأمّا إذا اشتراه بمال الأجير ففي كفايته إشكال بل منع. (**خوئي ـ صانعي**).

٥. وإن كان الجواز لا يخلو من وجه، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط. (**خميني**).

ـ والأحوط الترك كما مرّ آنفاً. (**صانعي**).

٦. مرّ آنفاً أنّ عدم الجواز هو الأظهر. (**خوئي**).

لابقصد التبرّع عنه لا يستحقّ الأُجرة المسمّاة وتنفسخ الإجارة[١] حينئذٍ لفوات المحلّ، نظير ما مرّ سابقاً من الإجارة على قلع السنّ فزال ألمه، أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق.

(**مسألة ٤**): الأجير الخاصّ وهو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدّة معيّنة، أو على وجه تكون منفعته الخاصّة كالخياطة مثلاً له، أو آجر نفسه لعمل مباشرة[٢] مدّة معيّنة، أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدّة أو كليهما على وجه الشرطيّة[٣] لا القيديّة لا يجوز له أن يعمل في تلك المدّة لنفسه أو لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرّع عملاً ينافي حقّ المستأجر إلّا مع إذنه، ومثل تعيين المدّة تعيين أوّل زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ. نعم لا بأس بغير المنافي، كما إذا عمل البنّاء لنفسه أو لغيره في الليل فإنّه لا مانع منه إذا لم يكن موجباً لضعفه في النهار، ومثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلّم في أثناء الخياطة ونحوها، لانصراف المنافع عن مثلها، هذا ولو خالف وأتى بعمل منافٍ لحقّ المستأجر، فإن كانت الإجارة على الوجه الأوّل، بأن يكون جميع منافعه للمستأجر وعمل لنفسه في تمام المدّة أو بعضها، فللمستأجر أن يفسخ ويسترجع تمام الأُجرة المسمّاة، أو بعضها[٤] أو يبقيها ويطالب

---

١. لا موجب للانفساخ إذا كان عمل غيره بعد مضيّ زمان كان الأجير متمكّناً من الإتيان به فيه، فإنّه يدخل حينئذٍ تحت عنوان التعذّر الطارئ، وهو يوجب الخيار لا الانفساخ، وقد تقدّم الكلام في الإجارة على قلع الضرس إذا زال ألمه. (**خوئي**).

٢. أي بنحو التقييد. (**لنكراني**).

٣. لكنّه ليس من مصاديق الأجير الخاص، وإن كان مماثلاً له باعتبار الحكم بعدم الجواز المذكور في المتن، ومنه يعلم أنّ المراد بالجواز هو الجواز التكليفي لا الوضعي. (**لنكراني**).

٤. مرّ أنّ الفسخ إنّما يتعلّق بعقد الإجارة بتمامه، وعليه فلا وجه لاسترجاع بعض الأُجرة. (**خوئي**).

ـ يشكل هذا لاستلزامه التبعيض في الخيار. (**لنكراني**).

عوض الفائت[١] من المنفعة بعضاً أو كلّاً وكذا إن عمل للغير تبرّعاً، ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالعوض، سواء كان جاهلاً بالحال أو عالماً؛ لأنّ المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير، وإن كان ذلك الغير[٢] آمراً[٣] له بالعمل، إلّا إذا فرض على وجه يتحقّق معه صدق الغرور[٤]، وإلّا فالمفروض أنّ المباشر للإتلاف هو المؤجر، وإن كان عمل للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك، ويكون له الأُجرة المسمّاة في تلك الإجارة أو الجعالة، كما أنّ له الفسخ والرجوع إلى الأُجرة المسمّاة وله الإبقاء ومطالبة[٥] عوض المقدار الذي فات، فيتخيّر بين الأُمور

---

١. أي أُجرة مثل العمل الذي عمله لنفسه أو لغيره، كما في الفرع التالي، وكذا في نظائره. (**خميني ـ صانعي**).

ـ التعبير بالفوت إنّما يلائم مع تعيين المنفعة عليه من قبل المستأجر، بأن عيّن له خياطة ثوبه مثلاً فخالف وعمل عملاً لنفسه، وأمّا مع عدم التعيين فلا يصدق عنوان «الفوت» وعليه فالمراد بعوض الفائت هو أُجرة مثل العمل الذي عمله لنفسه، وفي الصورة الأُولى يكون المراد به هو عوض المنفعة المعيّنة، ولا يبعد جواز رجوعه إلى أُجرة مثل العمل الذي عمله أيضاً. (**لنكراني**).

٢. الجواز في هذه الصورة غير بعيد لأنّه بأمره استوفى منفعة تكون للغير فيكون ضامناً وقصد الأجير المجانية غير مفيد لعدم كون العمل له ويكون قصد في مال الغير. (**صانعي**).

٣. لا يبعد جواز الرجوع إلى المستوفي إذا كان آمراً كما هو المفروض. (**لنكراني**).

٤. ليس للمستأجر الرجوع على الآمر حتّى مع صدق الغرور، فإنّ المغرور هو الأجير دون المستأجر، والأجير أيضاً لا يرجع إليه إذا كان متبرّعاً بعمله كما هو المفروض. نعم إذا لم يكن متبرّعاً كما إذا غرّه الآمر وادّعى أنّ المستأجر قد أذن بالعمل له فعمل له، كان للأجير أن يرجع إليه بأُجرة المثل. (**خوئي**).

ـ كما إذا ادّعى الغير الوكالة من قبل المستأجر والاستئذان عنه في استيفاء منفعة الأجير وكان الأجير معتقداً بصدقه ثمّ انكشف الخلاف بعد الاستيفاء لكن صدق الغرور لا يصحّح الاستثناء؛ لأنّ الذي يرجع إلى الغارّ إنّما هو المغرور لا المستأجر كما هو المدّعى. (**لنكراني**).

٥. قد مرّ أنّ مطالبة عوض المقدار الذي فات لا تنافي جواز رجوعه إلى أُجرة مثل العمل الذي عمله لا للمستأجر، فلا يبعد جواز رجوعه إلى أُجرتين. (**لنكراني**).

الثلاثة، وإن كانت الإجارة على الوجه الثاني وهو كون منفعته الخاصّة للمستأجر فحاله كالوجه الأوّل، إلّا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة أو الجعالة، ولم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كأن تكون الإجارة واقعة على منفعة الخيّاطي فآجر[1] نفسه للغير للكتابة، أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنّه ليس للمستأجر إجازة ذلك، لأنّ المفروض أنّه مالك لمنفعة الخيّاطي، فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة، فيكون مخيّراً بين الأمرين، من الفسخ واسترجاع الأُجرة المسمّاة، والإبقاء ومطالبة عوض الفائت، وإن كانت على الوجه الثالث فكالثاني، إلّا أنّه لا فرق فيه في عدم صحّة الإجازة بين ما إذا كانت الإجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره، إذ ليست منفعة الخياطة مثلاً مملوكة للمستأجر حتّى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها، بل يملك[2] عمل الخياطة في ذمّة المؤجر، وإن

---

١. يمكن أن يقال ببطلان الإجارة في هذه الصورة؛ لعدم كون الأجير مالكاً لمنفعة الكتابي بعد تمليك منفعة الخياطي للمستأجر، وبعد ثبوت التضادّ بينهما كما هو المفروض؛ لأنّ تضاد المنافع وعدم تعانقها في الوجود وإن لم يكن منافياً لملكيّتها بأجمعها إلّا أنّ سبق تمليك إحداها للغير ينافي اعتبار بقاء الملكية بالإضافة إلى الأُخرى، وعليه فكيف يتحقّق التمليك. نعم، هنا رواية واحدة معتبرة تدلّ على صحّة المعاملة الثانية إذا كانت مع إذن المستأجر أو إجازته. (**لنكراني**).

٢. ولكنّه على نحو تكون الخياطة للآخر مضادّة للعمل المستأجر عليه كما هو المفروض، وعليه فيجري فيه الاحتمال الذي ذكرناه في الحاشية السابقة، وأمّا على مبنى الماتن من عدم كون التضادّ مانعاً عن الملكية والتمليك فالفرق بين الصورتين واضح، والإيراد عليه باقتضاء هذا الفرق أنّه لو آجر نفسه للخياطة مثلاً للغير في الذمّة في الصورتين الأوّلتين لما كان تصحيحها بإجازة المستأجر ممكناً؛ لعدم كونه مالكاً لما في ذمّته واضح الدفع، فإنّه بعد كون جميع المنافع أو خصوص منفعة الخياطي في زمان معيّن ملكاً للمستأجر لا مجال لاعتبار الملكية بالإضافة إلى الذمّة في ذلك المقدار من الزمان، فكيف يصحّ أن يؤجر نفسه من المستأجر الثاني حتّى يحتاج إلى الإجازة، وهذا بخلاف ما لو كانت الإجارة بنحو الفرض الثالث. (**لنكراني**).

كانت على الوجه الرابع وهو كون اعتبار المباشرة أو المدّة المعيّنة على وجه الشرطيّة لا القيديّة ففيه وجهان[١]، يمكن أن يقال بصحّة العمل[٢] للغير بعنوان الإجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الإجازة وإن لم يكن جائزاً، من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل، غاية ما يكون أنّ للمستأجر خيار تخلّف الشرط، ويمكن أن يقال بالحاجة إلى الإجازة، لأنّ الإجارة أو الجعالة منافية لحقّ الشرط، فتكون باطلة بدون الإجازة.

(**مسألة ٥**): إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة ولو مع تعيين المدّة، أو من غير تعيين المدّة ولو مع اعتبار المباشرة، جاز عمله للغير ولو على وجه الإجارة قبل الإتيان بالمستأجر عليه؛ لعدم منافاته له من حيث إمكان تحصيله، لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لأنّ المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدّة، ودعوى: أنّ إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل، ممنوعة[٣]، مع أنّ لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.

(**مسألة ٦**): لو استأجر دابّة لحمل متاع معيّن شخصي أو كلّي على وجه التقييد، فحملها[٤] غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب لزمه الأُجرة المسمّاة، وأُجرة

---

١. بل وجوه، أوجهها أوّل وجهي ما في المتن. (**خميني**).

ـ الأوجه الثاني. (**خوئي**).

ـ أقواهما الصحّة. (**صانعي**).

٢. وهذا هو الأظهر. (**لنكراني**).

٣. لعلّه أراد من التعجيل التعجيل الحقيقي لا العرفي، فإن دعوى وجوبه لا تكون ممنوعة، وإلّا لكان العقد غررياً، وعليه فلا يكون منافياً لما تقدّم منه ﷺ من أنّ إطلاق العقد يقتضي التعجيل العرفي. (**خوئي**).

ـ في إطلاقها تأمّل. (**صانعي**).

ـ لكنّه تقدّم منه أنّ الإطلاق يقتضي التعجيل العرفيّ، وذكرنا هناك أنّه لا يجتمع هذا مع الحكم بلزوم تعيين المدّة، كما صرّح به الماتن ﷺ. (**لنكراني**).

٤. في الوقت الذي استأجرها أو استعملها في الركوب كذلك. (**خميني**).

المثل[١] لحمل المتاع الآخر أو للركوب، وكذا لو استأجر عبداً للخياطة فاستعمله في الكتابة، بل وكذا لو استأجر حرّاً لعمل معيّن في زمان معيّن وحمله على غير ذلك العمل مع تعمّده وغفلة ذلك الحرّ[٢] واعتقاده أنّه العمل المستأجر عليه، ودعوى: أنّه ليس للدابّة في زمان واحد منفعتان متضادّتان، وكذا ليس للعبد في زمان واحد إلّا إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحقّ أُجرتين؟ مدفوعة بأنّ المستأجر بتفويته على نفسه[٣] واستعماله في غير ما يستحقّ كأنّه[٤] حصّل له منفعة أُخرى.

(**مسألة ٧**): لو آجر نفسه للخياطة مثلاً في زمان معيّن، فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنّه غير العمل المستأجر عليه لم يستحقّ شيئاً[٥].

---

١. بل الأقرب أنّه لم يلزمه إلّا الأُجرة المسمّاة، والتفاوت بين أُجرة المنفعة التي استوفاها وأُجرة المنفعة المستأجر عليها لو كان، فلو استأجرها بخمسة فركبها وكانت أُجرة الركوب عشرة لزمته العشرة، ومع عدم الزيادة لم تلزمه إلّا الأُجرة المسمّاة، وكذا الحال في نظائر المسألة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ هذا ما تقتضيه القاعدة، ومقتضى صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السلام ـ المعروفة ـ لزوم أُجرة المثل فقط، وموردها بقرينة التعارف ما لو كانت أُجرة المثل أكثر من الأُجرة المسمّاة، فلا دلالة لها على لزوم أُجرة المثل مطلقاً. (**لنكراني**).

٢. بل الأمر كذلك مع التفات الحرّ وغفلة المستأجر إذا لم يكن الأجير قاصداً للإتيان بالعمل مجاناً. (**خوئي**).

٣. بل مدفوعة بعدم المانع من ملكية المنفعتين المتضادّتين، على ما حقّقناه في محلّه. (**خوئي**).

٤. بل حقيقة له منفعة أُخرى، ولا مانع من ملكية المنفعتين المتضادّتين، كما رتّب عليها الأثر في المسألة الرابعة. (**لنكراني**).

٥. مع فسخ المستأجر، وأمّا مع عدمه فعلى الأجير عوض الخياطة وله الأُجرة المسمّاة. (**لنكراني**).

أمّا الأُجرة المسمّاة فلتفويتها على نفسه[١] بترك الخياطة، وأمّا أُجرة المثل للكتابة مثلاً فلعدم كونها مستأجراً عليها، فيكون كالمتبرّع بها، بل يمكن أن يقال بعدم استحقاقه لها، ولو كان مشتبهاً غير متعمّد، خصوصاً مع جهل المستأجر بالحال.

(**مسألة ٨**): لو آجر دابّته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر، فاشتبه وحمّلها متاع عمرو، لم يستحقّ الأُجرة على زيد[٢] ولا على عمرو.

(**مسألة ٩**): لو آجر دابّته من زيد مثلاً فشردت قبل التسليم إليه أو بعده[٣] في أثناء المدّة بطلت الإجارة[٤]، وكذا لو آجر عبده فأبق، ولو غصبهما غاصب، فإن كان قبل التسليم فكذلك، وإن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب[٥] بعوض المقدار الفائت من المنفعة، ويحتمل[٦] التخيير[٧] بين الرجوع على الغاصب وبين الفسخ في الصورة الأُولى وهو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

---

١. مرّ أنّ التفويت لا يوجب بطلان الإجارة، بل المستأجر مخيّر بين الفسخ ومطالبة قيمة العمل المستأجر عليه، وبه يظهر الحال في المسألة الآتية. (**خوئي**).

٢. أي مع الفسخ كما مرّ. (**لنكراني**).

٣. إذا لم يكن تقصير من المستأجر في حفظها المتعارف وكذا في العبد. (**خميني ـ صانعي**).

٤. بالإضافة إلى المدّة الباقية، وللمستأجر الخيار بالإضافة إلى ما مضى. (**خوئي**).

ـ رأساً إذا كان قبل التسليم وبالنسبة إلى ما بقي من المدّة إن كان في الاثناء. (**صانعي**).

ـ مطلقاً في الصورة الأُولى، وبالإضافة إلى خصوص المدّة الباقية في الصورة الثانية، وللمستأجر في هذه الصورة الفسخ بالنسبة إلى المدّة الماضية. (**لنكراني**).

٥. فيما إذا كان غصب الغاصب متوجّهاً إلى المستأجر في انتفاعه لا إلى المؤجر في تسليمه كما مرّ نظيره. (**صانعي**).

٦. هذا الاحتمال هو المتعيّن، وقد تقدّم منه الفتوى بذلك. (**لنكراني**).

٧. هذا هو الأقوى. (**خميني**).

ـ هذا هو المتعيّن، والفرق بين المقام وما تقدّم من تعين الرجوع على الظالم في بعض صور منعه يظهر بالتأمل. (**خوئي**).

(**مسألة ١٠**): إذا آجر سفينته لحمل الخلّ مثلاً من بلد إلى بلد، فحملها المستأجر خمراً لم يستحقّ[١] المؤجر إلّا الأُجرة المسمّاة، ولا يستحقّ[٢] أُجرة المثل لحمل الخمر؛ لأنّ أخذ الأُجرة عليه حرام، فليست هذه المسألة مثل مسألة إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة، لا يقال: فعلى هذا إذا غصب السفينة وحملها خمراً كان اللازم عدم استحقاق المالك أُجرة المثل؛ لأنّ أُجرة حمل الخمر حرام، لأنّا نقول: إنّما يستحقّ المالك أُجرة المثل للمنافع المحلّلة الفائتة في هذه المدّة، وفي المسألة المفروضة لم يفوّت على المؤجر منفعة؛ لأنّه أعطاه الأُجرة المسمّاة لحمل الخلّ بالفرض.

(**مسألة ١١**): لو استأجر دابّة معيّنة من زيد للركوب إلى مكان، فاشتبه وركب دابّة أُخرى له، لزمه[٣] الأُجرة المسمّاة للأُولى وأُجرة المثل للثانية، كما إذا اشتبه فركب دابّة عمرو، فإنّه يلزمه أُجرة المثل لدابّة عمرو، والمسمّاة لدابّة زيد، حيث فوّت منفعتها على نفسه.

(**مسألة ١٢**): لو آجر نفسه لصوم يوم معيّن عن زيد مثلاً ثمّ آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو لم تصحّ الإجارة الثانية[٤]، ولو فسخ الأُولى بخيار أو إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحّتها، بل ولو أجازها ثانياً[٥]، بل لابدّ له من تجديد العقد؛

---

١. بل يستحقّ مضافاً إلى الأُجرة المسمّاة التفاوت بينها وبين أُجرة المثل على فرض زيادتها على المسمّاة كما مرّ. (**خميني ـ صانعي**).

٢. بل لا يبعد القول بأنّه يستحقّ أُجرة المثل للمنفعة المحلّلة الفائتة في هذه المدّة مضافة إلى الأُجرة المسمّاة؛ لعدم وضوح الفرق من جهة استحقاق أُجرتين بين هذه المسألة ومسألة إجارة العبد للخياطة إذا استعمله المستأجر في الكتابة. (**لنكراني**).

٣. مع كون الدابّة مسلّمة إليه، أو تحت اختياره، وكذا في الفرع التالي. (**خميني**).

٤. صحّتها بالإجازة غير بعيدة. (**صانعي**).

٥. لا تبعد الصحّة مع الإجازة ثانياً. (**لنكراني**).

لأنّ الإجازة كاشفة[١]، ولا يمكن الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة، فيكون نظير من باع شيئاً ثمّ ملك، بل أشكل[٢].

---

١. كونها كاشفة محلّ تأمّل وإشكال، وإن كان البطلان كما ذكره لا يخلو من وجه. (**خميني**).

٢. وجه الإشكال أنّ المعاملة في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك قابلة للإجازة من المالك الواقعي حين حدوثها، وفي المقام الإجارة الثانية غير قابلة للإجازة من أحد حين وقوعها، هذا. ولكن الصحيح بناءً على ما ذكرناه سابقاً من أنّ المنافع المتضادّة مملوكة جميعاً فالمقتضي لصحّة الإجارة الثانية موجود، وهو ملك المؤجر المنفعة المستأجر عليها في الإجارة الثانية، ولكن المانع ـ وهو المزاحمة وعدم إمكان استيفاء كلتا المنفعتين ـ متوفّر، فإذا افترضنا رفع المانع بالإقالة أو الفسخ فلا مانع من الحكم بصحّة الإجارة المزبورة من دون حاجة إلى الإجازة، فيكون المقام نظير نكاح العبد بدون إذن مولاه. (**خوئي**).

ـ لم يظهر وجه الأشكلية وذهاب المنفعة غير موجب للإشكال الزائد في الإجازة حيث إنّها متعلّقة بالعقد هذا مع عدم الاختصاص بالإجارة بل يجري في البيع أيضاً حيث كانت الإجازة بعد تلف العين. (**صانعي**).

فصل

[في مسائل متفرّقة]

لا يجوز[1] إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير[2]، لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجوداً[3] حينئذٍ لا في الخارج ولا في الذمّة، ومن هنا

---

١. على الأشهر، بل على المشهور، ولكن القول بالكراهة كما عليه المحقّق في النافع واحتمله في الشرائع، وإن جعل المنع أشبه ليس ببعيد، بل لا يخلو من وجه؛ قضاءً للأصل والعمومات، إذ الأخبار(أ) المستدلّة بها التي هي الدليل عليها، كما صرّح به الماتن ففيها المناقشة بضعف السند أو الدلالة، وما في الجواهر(ب) من الانجبار بالشهرة العظيمة كما ترى؛ لعدم ثبوت كونها عمليّة أوّلاً، وعدم انجبار ضعف الدلالة بالشهرة ثانياً. نعم الاستناد إلى تلك الأخبار للكراهة وإن كان الظاهر من التعليل فيها بأنّه لا خير فيه أو بأنّها غير مضمونة دون الدرهم والدينار كون الكراهة إرشاديّة كما لا يخفى على المتدبّر فيها. (**صانعي**).

٢. بل بما يحصل منها مطلقاً، سواء كان بمقدار معيّن من حاصلها أومع اشتراط أدائه منه. (**خميني**).

٣. الظاهر صحّة هذا القول؛ لأنّ الأُجرة لابدّ من كونها مملوكة أو في حكم المملوكة، كما إذا كانت من الأعمال أو شيئاً في الذمّة، والمفروض في المقام عدم ذلك، وعليه فالإجارة باطلة، بلا فرق بين كون الحاصل من الحنطة والشعير وكونه من غيرهما، كما أنّه لا فرق بين كون الحاصل من تلك الأرض وكونه من غيرها، وقياسه بمنفعة العين قياس مع الفارق، فإنّها من شؤون العين ومملوكة بتبعها فعلاً، بخلاف الحاصل من الأرض الذي هو معدوم حال العقد. (**خوئي**).

(أ) وسائل الشيعة ١٩: ٥٣، كتاب المزارعة والمساقاة، الباب ١٦، الحديث ٢ ـ ٥.

(ب) جواهر الكلام ٢٧: ١٢.

يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أُخرى أيضاً؛ لمنع ذلك، فإنّهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس[١] المنفعة، وهذا المقدار كافٍ في الصحّة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضمّ الضميمة، فإنّها لا يجعل غير الموجود موجوداً، مع أنّ البيع وقع على المجموع، بل للأخبار الخاصّة[٢]. وأمّا إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمّة لكن بشرط الأداء منها، ففي جوازه إشكال، والأحوط العدم[٣]؛ لما يظهر[٤] من بعض الأخبار، وإن كان يمكن حمله على الصورة الأُولى.

ولو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالأقوى جوازه. نعم لا يبعد كراهته، وأمّا إجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب فلا إشكال فيه[٥]، خصوصاً إذا كان في الذمّة مع اشتراط كونه منها أو لا.

(**مسألة ١**): لا بأس بإجارة حصّة من أرض معيّنة مشاعة، كما لا بأس بإجارة حصّة منها على وجه الكلّي في المعيّن مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر، وأمّا إجارتها على

---

١. الظاهر وضوح الفرق، فإنّ المنفعة حيث تكون من شؤون العين موجودة بوجودها ومملوكة بتبعها، بخلاف المقام الذي ليس له حظّ من الوجود أصلاً. (**لنكراني**).

٢. الأخبار بين ما هو ضعيف السند وما لا دلالة فيه، وأمّا صحيح الحلبي فهو مع اختصاصه بإجارة الأرض بالحنطة غير ظاهر في النهي الوضعي، وعليه فلابدّ من حمله على الكراهة أي كراهة إجارة الأرض بالحنطة ثمّ زرعها حنطة. (**خوئي**).

ـ الظاهر عدم نهوض الأخبار لإثبات المنع، للضعف فيها سنداً أو دلالة، بل الوجه في المنع ما ذكرنا. (**لنكراني**).

٣. وإن كان الأظهر الجواز، وقد عرفت ما في الأخبار. (**خوئي**).

٤. بل لعدم الفرق بين هذه الصورة والصورة الأُولى، من جهة التعليل الذي ذكرنا فيها إلّا من بعض الوجوه غير الفارقة. (**لنكراني**).

٥. مرّ ما هو الأقوى. (**خميني**).

ـ مرّ أنّه لا فرق بين الحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب. (**خوئي**).

ـ قد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق بينهما وبينه، فالحكم فيهما واحد. (**لنكراني**).

وجه الكلّي في الذمّة فمحلّ إشكال، بل قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، ولذا لا يصحّ السلم فيها، وفيه: أنّه يمكن وصفها على وجه يرتفع، فلامانع منها إذا كان كذلك.

(**مسألة ٢**): يجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً[١]؛ لأنّه منفعة محلّلة، وهل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث، ودخول الجنب والحائض ونحو ذلك؟ قولان، أقواهما العدم[٢]. نعم إذا كان قصده عنوان المسجديّة لا مجرّد الصلاة فيه وكانت المدّة طويلة كمائة سنة أو أزيد لايبعد[٣] ذلك؛ لصدق[٤] المسجد عليه حينئذٍ.

(**مسألة ٣**): يجوز استئجار الدراهم والدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد التي لا تنافي بقاء العين.

(**مسألة ٤**): يجوز استئجار الشجر لفائدة الاستظلال ونحوه كربط الدابّة به أو نشر الثياب عليه.

(**مسألة ٥**): يجوز استئجار البستان لفائدة التنزّه؛ لأنّه منفعة محلّلة عقلائيّة.

(**مسألة ٦**): يجوز الاستئجار لحيازة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء، فلو استأجر من يحمل الماء له من الشطّ مثلاً ملك ذلك[٥] الماء بمجرّد

---

١. فيه إشكال بل منع. نعم يجوز استئجارها مدة معيّنة لجعلها مصلى أو معبداً، ولا تجري عليها أحكام المسجد بذلك. (**خوئي**).

٢. لا قوّة فيه بعد فرض أنّها عملت للمسجد بل القوّة في تحقّقه وترتّب آثار المسجد عليه. (**صانعي**).

٣. محلّ تأمّل، ومجرّد قصد المسجدية في ترتيب الآثار غير معلوم ولو كانت المدّة طويلة. (**خميني**).

٤. طول المدّة لا دخل له في صدق الاسم، بل الترديد إنّما هو من ناحية احتمال اعتبار الدوام، فعلى تقدير الاعتبار لا يبقى مجال لصحّة الإجارة المذكورة، وعلى تقدير العدم لا وجه للتقييد بطول المدّة. (**لنكراني**).

٥. مع قصده الوفاء بعقد الإجارة، وأمّا مع قصده لنفسه يصير المحوز، له ومع عدم القصد لواحد منهما فالظاهر بقاؤه على إباحته، ولا يبعد أن يكون المباشر حينئذٍ أولى بالحيازة فيكون الجمع بلا قصد موجباً لتعلّق حقّ الحيازة عليه. هذا إذا كان الجمع لغرض الحيازة مع عدم قصدها فعلاً، وأمّا مع عدم هذا القصد كما إذا جمع لأغراض أُخر، فالظاهر بقاؤه على الاشتراك والاستواء بين الناس. (**خميني**).

حيازة[١] السقاء، فلو أتلفه متلف قبل الإيصال إلى المستأجر ضمن قيمته له[٢]، وكذا في حيازة الحطب والحشيش. نعم لو قصد المؤجر كون المحوز لنفسه فيحتمل القول[٣] بكونه له[٤]، ويكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوّته عليه من المنفعة، خصوصاً إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلاني للمستأجر، أو يكون منفعته من حيث الحيازة له، وذلك لاعتبار النيّة في التملّك بالحيازة والمفروض أنّه لم يقصد كونه للمستأجر، بل قصد نفسه، ويحتمل القول بكونه للمستأجر[٥]؛ لأنّ المفروض أنّ منفعته من طرف الحيازة له فيكون نيّة كونه لنفسه لغواً، والمسألة مبنيّة[٦] على أنّ الحيازة من الأسباب القهريّة لتملّك الحائز ولو قصد الغير، ولازمه عدم صحّة الاستئجار لها، أو يعتبر فيها نيّة التملك ودائرة مدارها، ولازمه صحّة الإجارة، وكون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن كان

---

١. أي للمستأجر. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّ ضمان الماء التالف بالمثل لا بالقيمة. (**خوئي**).

٣. وهذا هو الأظهر. (**لنكراني**).

٤. وهو الأقوى. (**خميني**).

٥. وهو الأقوى. (**صانعي**).

٦. بل مبنيّة على أنّ الحيازة فعل مباشري، أو أعمّ منه ومن التسبيبي، وعلى الثاني كما هو الأقوى، هل التسبيب يحصل بمجرّد كون المنفعة الخاصّة للمستأجر أو لابدّ فيه من عمل المؤجر للمستأجر وفاء لإجارته؟ والثاني هو الأقوى. (**خميني**).

ـ بل مبنيّة على أنّ الحيازة فعل مباشريّ، أو أعمّ منه ومن التسبيبيّ، والثاني هو الأقوى. والتسبيب يحصل بمجرّد كون المنفعة الخاصّة للمستأجر إمّا من حيث الزمان أو من حيث الحيازة كما أشار إليه المتن بقوله: «خصوصاً إذا كان المؤجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلاني للمستأجر أو تكون منفعته من حيث الحيازة له». (**صانعي**).

ـ بل مبنيّة على ما أفاده بعض الأكابر من المحشّين، حيث قال: بل مبنيّة على أنّ الحيازة فعل مباشري أو أعمّ منه ومن التسبيبي، وعلى الثاني كما هو الأقوى هل التسبيب يحصل بمجرّد كون المنفعة الخاصّة للمستأجر، أو لابدّ فيه من عمل المؤجر للمستأجر وفاءً لإجارته؟ والثاني هو الأقوى، انتهى. وما قوّاه في الفرضين هو الأقوى عندي أيضاً. (**لنكراني**).

أجير الغير، وأيضاً لازمه عدم حصول الملكيّة له إذا قصد كونه للغير من دون أن يكون أجيراً له أو وكيلاً عنه، وبقاؤه على الإباحة، إلّا إذا قصد بعد ذلك كونه له، بناءً على عدم جريان التبرّع في حيازة المباحات والسبق إلى المشتركات، وإن كان لا يبعد[1] جريانه، أو أنّها من الأسباب القهريّة لمن له تلك المنفعة، فإن لم يكن أجيراً يكون له وإن قصد الغير فضولاً، فيملّك بمجرّد قصد الحيازة، وإن كان أجيراً للغير يكون لذلك الغير قهراً، وإن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير، والظاهر عدم كونها من الأسباب القهريّة مطلقاً، فالوجه الأوّل غير صحيح، ويبقى الإشكال في ترجيح[2] أحد الأخيرين ولابدّ من التأمّل.

(**مسألة ٧**): يجوز استئجار المرأة للإرضاع بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها، وإن لم يكن منها فعل مدّة معيّنة، ولابدّ من مشاهدة الصبيّ الذي استؤجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، ويكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، وكذا لابدّ من تعيين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر. نعم لو استؤجرت على وجه يستحقّ منافعها أجمع، التي منها الرضاع، لا يعتبر حينئذٍ مشاهدة الصبيّ أو وصفه، وإن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمها لابدّ من تعيينه أيضاً.

(**مسألة ٨**): إذا كانت المرأة المستأجرة مزوّجة، لا يعتبر في صحّة استئجارها إذنه ما لم يناف ذلك لحقّ استمتاعه؛ لأنّ اللبن ليس له، فيجوز لها الإرضاع من غير رضاه، ولذا يجوز لها أخذ الأُجرة من الزوج على إرضاعها لولده، سواء كان منها أو من غيرها. نعم لو نافى[3]

---

١. محلّ إشكال بل منع. (**خميني**).

ـ بل هو بعيد. (**صانعي**).

٢. لا يبعد أن يكون الوجه الأخير هو الأرجح. (**خوئي**).

٣. المنافاة لا يترتّب عليها بطلان الاستئجار بعد كون اللبن والإرضاع مملوكين للزوجة، بل غاية الأمر بعد فرض الصحّة وقوع التنافي في الخارج في مقام إعمال الحقّين، والحكم فيه تقديم حقّ الزوج كما هو المنسوب إليهم، أو إجراء حكم التزاحم كما اختاره بعض المحقّقين، أو الرجوع إلى قاعدة العدل والإنصاف كما هو غير بعيد. ومنه ظهر أنّه لا وجه للانفساخ في الفرض الآتي الذي يقع الاستئجار في حال غيبة الزوج. (**لنكراني**).

ذلك حقّه لم يجز إلّا بإذنه، ولو كان غائباً فآجرت نفسها للإرضاع فحضر في أثناء المدّة وكان على وجه ينافي حقّه، انفسخت[١] الإجارة بالنسبة[٢] إلى بقيّة المدّة.

(**مسألة ٩**): لو كانت الامرأة خليّة فآجرت نفسها للإرضاع أو غيره من الأعمال، ثمّ تزوّجت قدّم[٣] حقّ المستأجر[٤] على حقّ الزوج في صورة المعارضة، حتّى أنّه إذا كان وطؤه لها مضرّاً بالولد منع منه.

(**مسألة ١٠**): يجوز للمولى إجبار أمته على الإرضاع إجارة أو تبرّعاً، قنّة كانت أو مدبّرة أو أُمّ ولد، وأمّا المكاتبة المطلقة فلا يجوز له إجبارها، بل وكذا المشروطة كما لا يجوز في المبعّضة، ولافرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أو لا؛ لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

(**مسألة ١١**): لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيّناً أو كلّيّاً، ولا في المستأجرة بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمّتها، فلو مات الصبيّ في صورة التعيين أو الامرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الإجارة، بخلاف ما لو كان الولد كلّيّاً أو جعل في ذمّتها، فإنّه لا تبطل بموته أو موتها إلّا مع تعذّر الغير من صبيّ أو مرضعة.

(**مسألة ١٢**): يجوز استئجار الشاة للبنها والأشجار للانتفاع بأثمارها، والآبار للاستقاء ونحو ذلك، ولا يضرّ كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان؛ لأنّ المناط[٥] في المنفعة هو العرف وعندهم يعدّ اللبن منفعة للشاة[٦]، والثمر منفعة للشجر، وهكذا، ولذا قلنا بصحّة استئجار

---

١. مع عدم الإجازة. (**خميني ـ صانعي**).

٢. على تقدير عدم الإجازة من الزوج. (**خوئي**).

٣. بناءً على تقديم حقّ الزوج في المسألة السابقة، وأمّا بناءً على كون المقام من باب تزاحم الحقّين أو على كونه من موارد قاعدة العدل والإنصاف فاللازم الرجوع إليهما. (**لنكراني**).

٤. لكن للزوج خيار التدليس مع تحقّق شرائطه. (**صانعي**).

٥. مضافاً إلى أنّ المنافاة تكون بين تلف العين المستأجرة والإجارة لا بينها وبين تلف عين أُخرى والتالف في المورد هو الثاني لا الأوّل. (**صانعي**).

٦. فلا مانع من حصول الملكية بالإضافة إلى اللبن ونحوه، فكما أنّ استئجار الدار يؤثّر في حصول ←

المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل، بأن انتفع بلبنها في حال نومها أو بوضع الولد في حجرها وجعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء[١] من إشكال الإجارة في المذكورات لأنّ الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان وهو خلاف وضع الإجارة، لا وجه له[٢].

(**مسألة ١٣**): لا يجوز[٣] الإجارة لإتيان الواجبات[٤] العينيّة كالصلوات الخمس، والكفائيّة[٥] كتغسيل الأموات وتكفينهم والصلاة عليهم، وكتعليم القدر الواجب من أُصول الدين وفروعه، والقدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد وسورة منه، وكالقضاء والفتوى ونحو ذلك، ولا يجوز[٦] الإجارة على الأذان[٧]. نعم لا بأس بارتزاق القاضي والمفتي

← ملكية السكنى بناءً علىالمشهور، فكذلك استئجار الشاة يورث ملكية نفس اللبن، ولا مانع منه أصلاً.(**لنكراني**).

١. كما أنّ ما عن بعض آخر من الحكم بالصحّة وتأثير الإجارة في جواز الانتفاع فقط من دون استلزام لتملّك اللبن ونحوه لا وجه له أيضاً. (**لنكراني**).

٢. بل له وجه وجيه بالنسبة إلى الأعيان الموجودة من المنافع. نعم لا بأس بالإجارة بالإضافة إلى ما يتكون منها فيما بعد. (**خوئي**).

٣. منافاة وجوب الشيء كفائياً أو عينياً مع الإجارة عليه محلّ تأمّل وإشكال، بل عدمها غير بعيد، لكن لا ينبغي الاحتياط بالترك. (**صانعي**).

ـ لم يقم دليل على عدم الجواز من القواعد والإجماع. نعم، قد أُستفيد من دليل بعض الواجبات العينية والكفائية لزوم الإتيان بها مجّاناً، كالأمثلة المذكورة في العبارة، فعدم الجواز فيها لهذه الجهة لا لعنوان الإجارة لإتيان الواجب، وهو يصرّح بعد ذلك في المسائل الختامية بجواز أخذ الأُجرة على الطبابة مطلقاً. (**لنكراني**).

٤. وجوب الشيء كفائياً بل عينياً لا ينافي جواز أخذ الأُجرة عليه ما لم يثبت من الخارج لزوم الإتيان به مجاناً، كما ثبت في كثير من المذكورات في المتن بل في جميعها على الأحوط. (**خوئي**).

٥. على الأحوط. (**خميني**).

٦. فيه إشكال. (**لنكراني**).

٧. مرّ الجواز في الإعلامي منه. (**خميني**).

والمؤذّن من بيت المال، ويجوز الإجارة لتعليم الفقه والحديث والعلوم الأدبيّة وتعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب ونحو ذلك.

(**مسألة ١٤**): يجوز الإجارة لكنس المسجد والمشهد وفرشها وإشعال السراج ونحو ذلك.

(**مسألة ١٥**): يجوز الإجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدّة معيّنة عن السرقة والإتلاف، واشتراط الضمان[١] لو حصلت السرقة أو الإتلاف ولو من غير تقصير، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور إذا ضاع مال، لكن لابدّ من تعيين العمل والمدّة والأُجرة على شرائط الإجارة.

(**مسألة ١٦**): لا يجوز[٢] استئجار اثنين[٣] للصلاة عن ميّت واحد[٤] في وقت واحد؛ لمنافاته للترتيب[٥] المعتبر في القضاء بخلاف الصوم فإنّه لا يعتبر فيه الترتيب، وكذا لا يجوز استئجار شخص واحد لنيابة الحجّ الواجب عن اثنين[٦]، ويجوز ذلك في الحجّ المندوب، وكذا في الزيارات، كما يجوز النيابة عن المتعدّد تبرّعاً في الحجّ[٧] والزيارات، ويجوز الإتيان بها لابعنوان النيابة، بل بقصد إهداء الثواب لواحد أو متعدّد.

---

١. على تفصيل مرّ في اشتراطه في العين المستأجرة [في فصل العين المستأجرة أمانة]. (**خوئي**).

ـ على النحو المتقدّم في اشتراطه في العين المستأجرة. (**لنكراني**).

٢. الجواز هو الأقوى إلّا فيما كان مرتباً بحسب الأصل كالظهرين والعشائين. (**صانعي**).

٣. في مورد كان الترتيب واجباً على الميّت، وقد مرّ أنّ الأقوى وجوبه عليه مع العلم بكيفيّة الفوت. (**خميني**).

٤. الظاهر جوازه، لما مرّ من عدم وجوب الترتيب في القضاء على تفصيل تقدّم. (**خوئي**).

٥. بناءً على لزومه، وقد مرّ ما هو الأقوى. (**لنكراني**).

٦. في عام واحد مباشرة. (**خميني ـ صانعي**).

٧. المندوب. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أي المندوب، وكذا في الزيارة. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٧**): لا يجوز الإجارة للنيابة عن الحيّ في الصلاة ولو في الصلوات المستحبّة[١]. نعم يجوز ذلك في الزيارات والحجّ المندوب، وإتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة، بل من باب سببيّة الزيارة لاستحباب الصلاة بعدها ركعتين، ويحتمل[٢] جواز قصد النيابة فيها لأنّها تابعة للزيارة، والأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع.

(**مسألة ١٨**): إذا عمل للغير لا بأمره ولا إذنه، لا يستحقّ عليه العوض وإن كان بتخيّل أنّه مأجور عليه فبان خلافه.

(**مسألة ١٩**): إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك، فإن كان بقصد التبرّع لا يستحقّ عليه أُجرة، وإن كان من قصد الآمر إعطاء الأُجرة[٣]، وإن قصد الأُجرة وكان ذلك العمل ممّا له أُجرة استحقّ وإن كان من قصد الآمر إتيانه تبرّعاً[٤]، سواء كان العامل ممّن شأنه أخذ الأُجرة ومعدّاً نفسه لذلك أو لا، بل وكذلك إن لم يقصد التبرّع ولا أخذ الأُجرة، فإنّ عمل المسلم محترم، ولو تنازعا بعد ذلك في أنّه قصد التبرّع أو لا قدّم قول العامل؛ لأصالة عدم قصد التبرّع بعد كون عمل المسلم محترماً، بل اقتضاء[٥] احترام عمل المسلم ذلك وإن أغمضنا[٦] عن جريان أصالة عدم التبرّع[٧]، ولا فرق في ذلك

---

١. على الأحوط، والجواز فيها لا يخلو من وجه. (**خميني**).

ـ جوازها في الصلاة المستحبّة لا يخلو عن قوّة. (**صانعي**).

٢. وهو الأقرب. (**خميني**).

ـ ولعلّه الأقرب. (**لنكراني**).

٣. وكان العمل ممّا له أُجرة. (**لنكراني**).

٤. مع جهل المأمور بقصده، وأمّا مع اطّلاعه عليه ولو بقيام قرينة فالظاهر عدم الاستحقاق. (**خميني ـ صانعي**).

ـ هذا إذا لم تكن قرينة موجبة لظهور الأمر في المجانية. (**خوئي**).

ـ إلّا أن يكون هناك قرينة على قصد التبرّع من المأمور، أو على قصد الآمر التبرّع، فإنّه لا يستحقّ الأُجرة في شيء من الصورتين. (**لنكراني**).

٥. فيه منع. (**خميني**).

بين أن يكون العامل ممّن شأنه وشغله أخذ الأُجرة وغيره، إلّا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على كونه بقصد التبرّع أو على اشتراطه.

(**مسألة ٢٠**): كلّ ما يمكن الانتفاع به منفعة محلّلة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته، وكذا كلّ عمل محلّل مقصود للعقلاء عدا ما استثني يجوز الإجارة عليه، ولو كان تعلّق القصد والغرض به نادراً، لكن في صورة تحقّق ذلك النادر[٨]، بل الأمر في باب المعاوضات الواقعة على الأعيان أيضاً كذلك، فمثل حبّة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلّقاً لغرض العقلاء[٩] ويبذلون المال في قبالها يجوز بيعها.

(**مسألة ٢١**): في الاستئجار للحجّ المستحبّي أو الزيارة، لا يشترط أن يكون الإتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستأجره لإتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو إلى ميّته، ويجوز أن يكون[١٠] لا بعنوان النيابة ولا إهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث إنّها من الأعمال الراجحة[١١]، فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء.

(**مسألة ٢٢**): في كون ما يتوقّف عليه استيفاء المنفعة كالمداد للكتابة والإبرة والخيط للخياطة مثلاً على المؤجر أو المستأجر قولان، والأقوى وجوب التعيين إلّا إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الإطلاق، وإن كان القول بكونه مع عدم التعيين، وعدم العادة على

---

٦. بعد الإغماض لا مجال للتمسّك بالعموم مع فرض كون الشبهة مصداقية، بل المرجع هي أصالة البراءة عن الاشتغال بالأُجرة. (**لنكراني**).

٧. لا وجه للضمان مع هذا الإغماض، لأصالة البراءة عنه، والشبهة مصداقية لا يتمسك فيها بالعموم. (**خوئي**).

٨. بحيث يصير في هذا الحال مرغوباً فيه لدى العقلاء، كما هو المفروض. (**خميني**).

٩. الظاهر أنّه يكفي في صحّة البيع تعلّق الغرض الشخصي به. (**خوئي**).

١٠. إذا كان له غرض عقلائي في تحقّق ذلك العمل الراجح. (**خميني**).

١١. وإن لم يكن له غرض عقلائي آخر سوى نفس تحقّق هذا العمل الراجح من حيث كونه كذلك، المتوقّف على بذل الأُجرة كما هو المفروض. (**لنكراني**).

المستأجر لا يخلو عن وجه[١] أيضاً[٢]؛ لأنّ اللازم على المؤجر ليس إلّا العمل.

(**مسألة ٢٣**): يجوز الجمع بين الإجارة والبيع مثلاً بعقد واحد، كأن يقول: بعتك داري وآجرتك حماري بكذا، وحينئذٍ يوزّع العوض عليهما بالنسبة ويلحق كلّاً منهما حكمه، فلو قال: آجرتك هذه الدار وبعتك هذا الدينار بعشرة دنانير، فلابدّ من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس، وإذا كان[٣] في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة أزيد من دينار أو أقلّ منه بطل بالنسبة إليه؛ للزوم الربا، ولو قال: آجرتك هذه الدار وصالحتك هذا الدينار بعشرة دنانير مثلاً، فإن قلنا[٤] بجريان[٥] حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس وحكم الربا في الصلح فالحال كالبيع، وإلّا فيصحّ بالنسبة إلى المصالحة أيضاً.

(**مسألة ٢٤**): يجوز استئجار من يقوم بكلّ ما يأمره من حوائجه[٦] فيكون له جميع منافعه، والأقوى أنّ نفقته على نفسه لا على المستأجر، إلّا مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة، وعلى الأوّل لابدّ من تعيينها كمّاً وكيفاً، إلّا أن يكون متعارفاً، وعلى الثاني على ما هو المعتاد المتعارف، ولو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرّع يستحقّ مطالبة عوضها[٧] على الأوّل[٨]،

---

١. ضعيف والأقوى كونه على المؤجر. (**خميني**).

٢. والأظهر التفصيل بين ما يبقى للمستأجر بعدالعمل كالخيط وما لا يبقى له كالإبرة وإنّما هو من معدات العمل، فما كان من قبيل الأوّل فعلى المستأجر، وما كان من قبيل الثاني فعلى المؤجر. (**خوئي**).

٣. تصوّر ذلك في المثال المفروض مشكل إلّا في بعض الموارد. (**لنكراني**).

٤. والظاهر هو الفرق بين الصرف والربا، وجريان الثاني في الصلح دون الأوّل. (**لنكراني**).

٥. الظاهر أنّه لا يجري فيه حكم الصرف ويجري فيه الربا. (**خوئي**).

٦. إذا كان بهذا العنوان لابدّ من رفع الغرر بوجه، ومع ذلك لا يكون جميع المنافع له، إلّا أن يراد بذلك استئجاره بجميع منافعه، فحينئذٍ يكون جميع المنافع له ويدفع به الغرر. (**خميني**).

٧. الظاهر عدم الاستحقاق؛ لأنّ تخلّف الشرط لا يوجبه، خصوصاً إذا كان المشروط عبارة عن نفس الفعل كالإنفاق في المقام، فانّه ليس له عوض حينئذٍ. (**لنكراني**).

٨. الظاهر أنّه لا يستحقّها، إذ المفروض أنّ النفقة أخذت على وجه الشرطية دون الجزئية. (**خوئي**).

بل وكذا على الثاني؛ لأنّ الانصراف بمنزلة الشرط.

(**مسألة ٢٥**): يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الأُجرة وعدم إجراء صيغة الإجارة، فيرجع إلى أُجرة المثل، لكنّه مكروه، ولا يكون حينئذٍ من الإجارة المعاطاتيّة، كما قد يتخيّل؛ لأنّه يعتبر في المعاملة المعاطاتيّة اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة، والمفروض عدم تعيين الأُجرة في المقام، بل عدم قصد[1] الإنشاء منهما ولا فعل من المستأجر، بل يكون من باب العمل بالضمان، نظير الإباحة بالضمان، كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان العوض ونظير التمليك بالضمان كما في القرض على الأقوى من عدم كونه معاوضة، فهذه الأُمور عناوين مستقلّة غير المعاوضة والدليل عليها السيرة بل الأخبار أيضاً، وأمّا الكراهة فللأخبار أيضاً.

(**مسألة ٢٦**): لو استأجر أرضاً مدّة معيّنة فغرس فيها أو زرع ما لا يدرك في تلك المدّة، فبعد انقضائها للمالك أن يأمره بقلعها، بل وكذا لواستأجر لخصوص الغرس[2] أو لخصوص الزرع، وليس له الإبقاء ولو مع الأُجرة، ولا مطالبة الأرش مع القلع؛ لأنّ التقصير من قبله. نعم لو استأجرها مدّة يبلغ الزرع، فاتّفق التأخير لتغيّر الهواء أو غيره أمكن أن يقال[3] بوجوب الصبر[4] على المالك مع الأُجرة[5]؛ للزوم الضرر، إلّا أن يكون موجباً لتضرّر المالك.

---

١. لا يخلو عن النظر. (**لنكراني**).

٢. صحّة الاستئجار في هذه الصورة محلّ تأمّل لو كانت المدّة غير صالحة للغرس والزرع مطلقاً، لا لخصوص المغروس والمزروع. (**لنكراني**).

٣. لكنّه غير وجيه، فلا يجب عليه الصبر على الأقوى. (**خميني**).

ـ ولكنّه بعيد. (**خوئي**).

٤. الظاهر عدم الوجوب. (**لنكراني**).

٥. وهو الأقوى، كما أنّه للمالك أيضاً الأمر بالقلع مع أداء الأرش جمعاً بين الحقّين، فإنّ للزارع لعدم كونه مقصراً حق، كما أنّ للمالك أيضاً حقّ، وبذلك تندفع مسألة التضرّر. (**صانعي**).

فصل

[في التنازع]

(**مسألة ١**): إذا تنازعا في أصل الإجارة قدّم[١] قول منكرها[٢] مع اليمين[٣]، فإن كان هو المالك استحقّ أُجرة المثل دون ما يقوله المدّعي، ولو زاد عنها لم يستحقّ[٤] تلك الزيادة[٥] وإن وجب على المدّعي المتصرّف إيصالها إليه، وإن كان المنكر هو المتصرّف فكذلك لم يستحقّ المالك إلّا أُجرة المثل، ولكن لو زادت عمّا يدّعيه من المسمّى لم يستحقّ الزيادة[٦]؛ لاعترافه بعدم استحقاقها، ويجب على المتصرّف[٧] إيصالها إليه، هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة، وإن كان قبله رجع كلّ مال إلى صاحبه.

---

١. إذا كان مصبّ الدعوى والإنكار مجرّد عنوان الإجارة، وأمّا إذا كان الإنكار مقروناً ببعض الدعاوي، كالغصب ونحوه فتقديم قول المنكر حينئذٍ محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٢. إطلاقه لا يخلو من إشكال، وكذا في إطلاق توجّه اليمين إلى المنكر. (**خميني**).

٣. هذا فيما إذا ادعى المالك الإجارة بأكثر من أُجرة المثل أو ادعى المتصرّف الإجارة بأقلّ منها، وأمّا إذا انعكس الأمر فهو من تعارض الإقرارين ولا مقتضى فيه لتوجه اليمين على المالك أو المتصرّف. (**خوئي**).

٤. ولا يتوجّه عليه اليمين حينئذٍ أيضاً. (**لنكراني**).

٥. لكونها على خلاف إنكاره كما أنّ الزيادة على المسمّى فيما كان المنكر هو المتصرّف منافية مع ادعاء المالك لكن لا يخفى أنّ الدعوى في كلتا الصورتين غير ملزمة فلا وجه للتمييز ولا جدوى تحتها كما هو ظاهر إلّا أن يترتّب على عدم الإجارة أمر آخر فتكون الدعوى ملزمة محتاجة إلى التمييز. (**صانعي**).

٦. ولا يتوجّه على المتصرّف اليمين أيضاً كما مرّ. (**لنكراني**).

٧. إذا علم بصحّة دعواه لا لمجرّد إقراره. (**خوئي**).

(**مسألة ٢**): لو اتّفقا على أنّه أذن للمتصرّف في استيفاء المنفعة ولكن المالك يدّعي أنّه على وجه الإجارة بكذا أو الإذن بالضمان، والمتصرّف يدّعي أنّه على وجه العارية، ففي تقديم أيّهما وجهان[١]، بل قولان، من أصالة البراءة بعد فرض كون التصرّف جائزاً، ومن أصالة احترام مال المسلم الذي لا يحلّ إلّا بالإباحة والأصل عدمها، فتثبت[٢] أُجرة المثل بعد التحالف ولا يبعد ترجيح الثاني[٣]، وجواز التصرّف أعمّ من الإباحة.

(**مسألة ٣**): إذا تنازعا في قدر المستأجر عليه قدّم قول مدّعي الأقلّ.

(**مسألة ٤**): إذا تنازعا في ردّ العين المستأجرة قدّم قول المالك.

(**مسألة ٥**): إذا ادّعى الصائغ أو الملّاح أو المكاري تلف المتاع من غير تعدّ ولا تفريط،

---

١. الأقوى هو التحالف في مصبّ الدعويين، وبعده يثبت أُجرة المثل تقديماً للأصل الحاكم على أصل البراءة. (**خميني**).

٢. إذا لم تكن زائدة عمّا يدّعيه المالك، وفي هذه الصورة يمكن أن يقال بعدم الافتقار إلى التحالف، بل يكفي حلف المالك لكونه منكراً والطرف مدّعياً. (**لنكراني**).

٣. والأظهر هو ترجيح الأوّل، وذلك لعدم الموجب للضمان إلّا أحد أمرين: **الأوّل**: الاستيلاء على مال الغير بدون إذنه، الثاني: الالتزام بالضمان العقدي، والأوّل في المقام مفروض الانتفاء، والثاني لم يثبت. (**خوئي**).

ـ بل الأوّل منهما لكون المالك مدّعياً فإنّه الذي إن ترك الدعوى ترك فعلي المتصرّف اليمين وإلّا فلا ترجيح لأحد الأصلين على الآخر بل لقائل أن يقول: التمسّك بأصالة الاحترام غير صحيح لكونه تمسّكاً بالقاعدة في مورد الشبهة المصداقية لها او لمخصّصها لكن الأقوى في المسألة التحالف لأنّ كلاً منهما يدّعي أمراً وينفي ما يدعيه الآخر فالمالك يدّعي المسمّى والمتصرّف ينكره وهو يدّعي على المالك موضوعاً رافعاً للضمان على ثبوته والمالك ينكره، وأصالة البراءة ممّا يدّعيه المالك، والحلف على نفي مدّعاه لا تستلزم البراءة عن الضمان مطلقاً مع استناده في عدمه بالعارية والأصل عدمها ثم لا يخفى أنّه ليس للمالك أخذ ما زاد من أُجرة المثل على المسمّى لاعتقاده عدم استحقاقه فيما بينه وبين الله والتحالف لا يغير الواقع كالحلف والحكم. (**صانعي**).

وأنكر المالك التلف، أو ادّعى التفريط أو التعدّي، قدّم قولهم مع اليمين[١] على الأقوى[٢].

(**مسألة ٦**): يكره[٣] تضمين[٤] الأجير[٥] في مورد ضمانه، من قيام البيّنة على إتلافه أو تفريطه في الحفظ أو تعدّيه أو نكوله عن اليمين أو نحو ذلك.

(**مسألة ٧**): إذا تنازعا في مقدار الأُجرة قدّم قول المستأجر.

(**مسألة ٨**): إذا تنازعا في أنّه آجره بغلاً أو حماراً أو آجره هذا الحمار مثلاً أو ذاك فالمرجع التحالف، وكذا[٦] لو اختلفا في الأُجرة أنّها عشرة دراهم[٧] أو دينار.

(**مسألة ٩**): إذا اختلفا في أنّه شرط أحدهما على الآخر شرطاً أو لا، فالقول قول منكره.

(**مسألة ١٠**): إذا اختلفا في المدّة أنّها شهر أو شهران مثلاً، فالقول قول منكر الأزيد.

(**مسألة ١١**): إذا اختلفا في الصحّة والفساد، قدّم قول من يدّعي الصحّة.

(**مسألة ١٢**): إذا حمل المؤجر متاعه إلى بلد فقال المستأجر: استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلاني غير ذلك البلد، وتنازعا[٨]، قدّم[٩] قول

---

١. هذا فيما إذا لم يكونوا متهمين، وإلّا فالقول قول المالك وهم مطالبون بالإثبات شرعاً. (**خوئي**).

٢. والأحوط التصالح. (**لنكراني**).

٣. ثبوت الكراهة بهذا الإطلاق محلّ تأمّل. نعم يستحبّ التفضّل عليه. (**خميني**).

٤. لم يظهر مستند الحكم بالكراهة. (**خوئي**)

٥. إلّا مع التهمة. (**صانعي**).

٦. مع عدم الاختلاف في المالية، وإلّا فلا يبعد تقديم قول المستأجر؛ لرجوع الاختلاف حينئذٍ عرفاً إلى الاختلاف في القلّة والكثرة. (**لنكراني**).

٧. لا يبعد تقديم قول المستأجر في خصوص المثال في بعض الأحيان. نعم لو اختلفا في الأُجرة أنّها من الحنطة أو الشعير فالمرجع التحالف. (**خميني**).

٨. إن كان التنازع في أنّ الأجير يدّعي الاستئجار لهذا البلد والمستأجر يدّعي لبلد آخر ـ كما هو الظاهر ـ فالمرجع التحالف. (**خميني**).

٩. الظاهر هو التحالف، وعليه فكما لا يستحقّ المؤجر أُجرة حمله، فكذلك لا يستحقّ المستأجر الحمل إلى البلد الذي يدّعيه. (**لنكراني**).

المستأجر[١]، فلا يستحقّ المؤجر[٢] أُجرة حمله، وإن طلب منه الردّ إلى المكان الأوّل وجب عليه، وليس له ردّه إليه إذا لم يرض، ويضمن له إن تلف أو عاب؛ لعدم كونه أميناً حينئذٍ في ظاهر الشرع.

(**مسألة ١٣**): إذا خاط ثوبه قباء، وادّعى المستأجر أنّه أمره بأن يخيطه قميصاً، فالأقوى تقديم قول المستأجر؛ لأصالة عدم الإذن في خياطته قباء، وعلى هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك، ولا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر، وإن كان له كان له ويضمن النقص الحاصل من ذلك، ولا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه المؤجر.

هذا، ولو تنازعا في هذه المسألة والمسألة المتقدّمة قبل الحمل[٣] وقبل الخياطة فالمرجع التحالف[٤].

(**مسألة ١٤**): كلّ من يقدّم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين للآخر.

---

١. هذا إنّما يتمّ على مسلكه من انفساخ الإجارة بتفويت المؤجر محلّها، وأمّا على ما بنينا عليه من ثبوت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ وطالب باجرة المثل وكانت زائدة على الأُجرة المسماة أو مبائنة لها لزم التحالف، وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (**خوئي**).

ـ بل يتحالفان لكون كل منهما مدّعياً لأمر ينكره الآخر فالمستأجر يدّعي كون مورد الإجارة غير ذلك البلد الذي حمله الموجر المتاع إليه وينكر كونه ذلك البلد والموجر بالعكس. (**صانعي**).

٢. بعد حلف المستأجر على نفي ما ادّعاه كما أنّ المستأجر لا يستحقّ على الموجر حمل المتاع إلى بلد يدّعيه بعد حلف الموجر على نفيه. (**صانعي**).

٣. بل بعده أيضاً كما مرّ. (**صانعي**).

٤. التحالف بالنسبة إلى المسألة السابقة صحيح قبل الحمل وبعده، وأمّا في هذه المسألة قبل الخياطة والتفصيل فالدعوى من الطرفين غير مسموعة، فإنّ مجرّد الأمر لا يوجب شيئاً، إلّا أن يكون المراد في أصل المسألة اختلافهما في الاستئجار على خياطة القباء والقميص، فحينئذٍ يكون المرجع التحالف مطلقاً كما في المسألة السابقة. (**خميني**).

ـ قد مرّ أنّ الحكم في المسألة السابقة هو التحالف بعد الحمل أيضاً، وأمّا هذه المسألة ففيها الفرق بين الصورتين إذا كان النزاع قبل الخياطة في خصوصية الاستئجار، وأمّا إذا لم يكن هناك إجارة واستئجار بل كان النزاع فيما أمره المستأجر فالدعوى من الطرفين غير مسموعة، وإن كان هذا الفرض خارجاً عمّا هو ظاهر العبارة. (**لنكراني**).

خاتمة

[فيها مسائل]

الأُولى: خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجيّة على مالكها، ولو شرط كونه على المستأجر صحّ على الأقوى، ولا يضرّ[1] كونه مجهولاً من حيث القلّة والكثرة؛ لاغتفار مثل هذه الجهالة عرفاً، ولإطلاق بعض الأخبار.

الثانية: لا بأس بأخذ الأُجرة على قراءة تعزية سيّد الشهداء وسائر الأئمّة صلوات الله عليهم ولكن لو أخذها على مقدّماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى.

الثالثة: يجوز استئجار الصبيّ المميّز من وليّه الإجباري أو غيره كالحاكم الشرعي لقراءة القرآن والتعزية والزيارات، بل الظاهر جوازه[2] لنيابة الصلاة عن الأموات[3]، بناءً على الأقوى من شرعيّة عباداته.

الرابعة: إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة أُصول الزرع فنبتت،

---

١. فيه تأمّل. (**خميني**).

ـ فيه تأمّل، بل الظاهر عدم الفرق بينه وبين سائر الشرائط، ودعوى الإطلاق ممنوعة. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال. (**خميني ـ لنكراني**).

ـ فيه إشكال، وإن لا يبعد الجواز كما مرّ منه ﷺ في صلاة الاستئجار. (**صانعي**).

٣. فيه إشكال، إذ لا ملازمة بين شرعية عبادات نفسه وجواز نيابته ليترتب عليها فراغ ذمّة الغير. (**خوئي**).

فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له[١]، وإن أعرض عنها[٢] وقصد صاحب الأرض تملّكها[٣] كانت له، ولو بادر آخر إلى تملّكها ملك وإن لم يجز له الدخول في الأرض إلّا بإذن مالكها.

الخامسة: إذا استؤجر القصّاب لذبح الحيوان، فذبحه على غير الوجه الشرعي، بحيث صار حراماً، ضمن قيمته، بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرّعاً، وكذا في نظائر المسألة[٤].

السادسة: إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبه وأتى بها عن عمرو، فإن كان من قصده النيابة عمّن وقع العقد عليه وتخيّل أنّه عمرو، فالظاهر الصحّة عن زيد واستحقاقه الأُجرة، وإن كان ناوياً النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمّة زيد ولم يستحقّ الأُجرة، وتفرغ ذمّة عمرو إن كانت مشغولة ولا يستحقّ الأُجرة من تركته؛ لأنّه بمنزلة التبرّع، وكذا الحال في كلّ عمل مفتقر إلى النيّة.

السابعة: يجوز أن يؤجر داره مثلاً إلى سنة بأُجرة معيّنة ويوكّل المستأجر في تجديد الإجارة عند انقضاء المدّة، وله عزله بعد ذلك، وإن جدّد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده، ويجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلاً عنه في التجديد بعد الانقضاء، وفي هذه الصورة ليس له عزله[٥].

---

١. بناءً على كون الاعراض موجباً للخروج عن الملك، وعلى عدم اقتصار صاحب الأرض على قصد التملّك فقط، بل ضمّ إليه الحيازة، وهكذا في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّ الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك، وعليه فلا يملكها صاحب الأرض بقصد تملّكها. نعم لا بأس بالتصرّف فيها من جهة الإباحة. (**خوئي**).

٣. بالحيازة. (**خميني ـ صانعي**).

٤. مع إفراط المتبرّع أو تفريطه بحيث يكون مقصّراً وغير مبالٍ في رعاية الشرائط وإلّا فلا ضمان عليه لأنّه محسن وما على المحسنين من سبيل. (**صانعي**).

٥. بل له العزل إلّا إذا كان عدمه مشروطاً أيضاً، فإنّه ليس له حينئذٍ ذلك تكليفاً لا وضعاً. (**لنكراني**).

الثامنة: لا يجوز للمشتري[١] ببيع الخيار بشرط ردّ الثمن للبائع أن يؤجر المبيع أزيد من مدّة الخيار للبائع، ولا في مدّة الخيار من دون اشتراط الخيار[٢]، حتّى إذا فسخ البائع يمكنه أن يفسخ الإجارة، وذلك لأنّ اشتراط الخيار من البائع في قوّة إبقاء المبيع على حاله حتّى يمكنه الفسخ، فلا يجوز تصرّف ينافي ذلك.

التاسعة: إذا استؤجر لخياطة ثوب معيّن لا بقيد المباشرة، فخاطه شخص آخر تبرّعاً عنه استحقّ الأُجرة المسمّاة، وإن خاطه تبرّعاً عن المالك لم يستحقّ المستأجر[٣] شيئاً وبطلت الإجارة[٤]، وكذا إن لم يقصد التبرّع عن أحدهما ولا يستحقّ على المالك أُجرة؛ لأنّه لم يكن مأذوناً من قبله، وإن كان قاصداً لها أو معتقداً أنّ المالك أمره بذلك.

العاشرة: إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلاً في مدّة معيّنة، فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد، فإن كان المستأجر عليه الإيصال وكان طيّ الطريق مقدّمة لم يستحقّ شيئاً، وإن كان المستأجر عليه مجموع السير والإيصال استحقّ بالنسبة، وكذا الحال في كلّ ما هو من هذا القبيل، فالإجارة مثل الجعالة قد تكون على العمل المركّب من أجزاء وقد تكون على نتيجة ذلك العمل[٥]، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الأُولى يستحقّ الأُجرة بمقدار

---

١. هذا بحسب التكليف، ولكنّه لو آجره لا تبعد الصحّة، ولكنّه إذا فسخ العقد في وقته أخذ من المشتري بدل التالف من المنفعة. (**خوئي**).

٢. قيد للجملتين. (**خميني ـ صانعي**).

ـ الظاهر تعلّقه بكلا الفرضين. (**لنكراني**).

٣. المستأجر بالفتح. أي الأجير. (**خوئي ـ صانعي**).

٤. في إطلاقه إشكال، وقد مرّ التفصيل في نظائره. (**خوئي**).

٥. بشرط كون النتيجة مترتّبة على العمل غالباً لئلا تكون الإجارة غررية. نعم هذا المقدار من الغرر مغتفر في الجعالة لعدم استحقاق الجاعل شيئاً على العامل وإنّما يعمل هو باختياره لترتّب الفائدة. (**صانعي**).

ما أتى به، وفي الثانية لا يستحقّ شيئاً، ومثل الصورة ما إذا جعلت الأُجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها.

الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ، فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، وإن كان بعده استحقّ أُجرة المثل، وإن كان في أثنائه استحقّ بمقدار ما أتى به من المسمّى أو المثل على الوجهين[1] المتقدّمين، إلّا إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحقّ شيئاً، وإن كان العمل ممّا يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة بناءً على حرمة قطعها، والحجّ بناءً على وجوب إتمامه، فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا؟ وجهان، أوجههما[2] الأوّل[3] هذا إذا كان الخيار فوريّاً، كما في خيار[4] الغبن[5] إن ظهر كونه مغبوناً في أثناء العمل وقلنا: إنّ الإتمام مناف للفوريّة، وإلّا فله أن لا يفسخ إلّا بعد الإتمام، وكذا الحال إذا كان الخيار للمستأجر، إلّا أنّه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع،

---

١. مرّ التفصيل فيه، وأنّ الأقوى رجوع تمام المسمّى وللمؤجر أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى إن كان حقّ الفسخ بسبب متحقّق حال العقد، وأمّا مع العروض في الأثناء فالأقوى التوزيع. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مرّ أنّ الأقوى هو التفصيل بين ما إذا كان سبب الخيار هو اشتراطه في متن العقد، أو كان سببه قاعدة نفي الضرر أو الأدلّة الخاصّة، ففي الأوّل تابع لكيفيّة الاشتراط، وفي الثاني لاندفاع الضرر، وفي الثالث لظاهر الأدلّة الخاصّة، فراجع. (**لنكراني**).

٢. بل الأوجه الثاني، فيجري فيه التفصيل المتقدّم في الحاشية السابقة. (**لنكراني**).

٣. الأقوى جريان التفصيل المتقدّم فيه أيضاً، إلّا أن يكون الاستئجار على مجموع العمل أو النتيجة، فمع إعمال الخيار لا يستحقّ شيئاً. (**خميني**).

٤. بناءً على كونه فوريّاً. (**لنكراني**).

٥. في المثال مناقشة. (**خميني**).

وكان في أثناء العمل يمكن أن يقال[١] : إنّ الأجير يستحقّ بمقدار ما عمل من أُجرة المثل ؛ لاحترام عمل المسلم ، خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط .

الثانية عشر : كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابّة المستأجرة والعبد والأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معيّنة بحسب العادة أو عيّناها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو المؤجر بشرط التعيين أو التعيّن الرافعين للغرر ، فما هو المتعارف من إجارة الدابّة للحجّ واشتراط كون تمام النفقة ومصارف الطريق ونحوهما على المؤجر لا مانع منه ، إذا عيّنوها[٢] على وجه رافع للغرر .

الثالثة عشر : إذا آجر داره أو دابّته من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ، ثمّ آجرها[٣] من عمرو ، كانت الثانية فضوليّة موقوفة على إجازة زيد ، فإن أجاز صحّت له[٤] ويملك هو الأُجرة ، فيطالبها من عمرو ، ولا يصحّ له إجازتها على أن تكون الأُجرة للمؤجر وإن فسخ الإجارة الأُولى بعدها ؛ لأنّه لم يكن مالكاً للمنفعة حين العقد الثاني ، وملكيّته لها حال الفسخ لا تنفع إلّا إذا جدّد الصيغة[٥] ، وإلّا فهو من قبيل من باع شيئاً ثمّ ملك ، ولو زادت مدّة الثانية عن الأُولى لا يبعد لزومهما على

---

١ . لكنّه غير وجيه . (**خميني**) .

ـ لكنّه بعيد ، إذ المفروض أنّ الواقع في الخارج مغاير لما تعلّقت به الإجارة ، وقاعدة الاحترام في نفسها لا تفي بإثبات الضمان . (**خوئي**) .

ـ على بعد . (**لنكراني**) .

٢ . أو كانت معيّنة بحسب العادة . (**لنكراني**) .

٣ . بنحو ينطبق على الإجارة الأُولى كلّاً ، وأمّا صورة الانطباق بعضاً فيأتي التعرّض لها في ذيل المسألة . (**لنكراني**) .

٤ . إذا كان مورد الإجارتين واحداً ولو في الجملة . (**خميني**) .

٥ . بل يكفي إجازة العقد الثاني بعد فسخ العقد الأوّل ، بدون حاجة إلى تجديد الصيغة . (**خوئي ـ صانعي**) .

ـ لا يبعد الاكتفاء بالإجازة من دون حاجة إلى تجديد الصيغة ، كما في المقيس عليه . (**لنكراني**) .

المؤجر في تلك الزيادة، وأن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدّة الأُولى.

الرابعة عشر: إذا استأجر عيناً ثمّ تملّكها قبل انقضاء مدّة الإجارة بقيت الإجارة على حالها، فلو باعها والحال هذه لم يملكها المشتري[1] إلّا مسلوبة المنفعة[2] في تلك المدّة، فالمنفعة تكون له، ولا تتّبع العين. نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال، وكذا الحال إذا تملّك المنفعة بغير الإجارة[3] في مدّة ثمّ تملّك العين، كما إذا تملّكها بالوصيّة أو بالصلح أو نحو ذلك فهي تابعة للعين، إذا لم تكن مفروضة، ومجرّد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري. نعم لا يبعد تبعيّتها للعين[4] إذا كان قاصداً لذلك حين البيع.

الخامسة عشر: إذا استأجر أرضاً للزراعة مثلاً فحصلت آفة سماويّة أو أرضيّة توجب نقص الحاصل لم تبطل، ولا يوجب ذلك نقصاً في مال الإجارة ولا خياراً للمستأجر. نعم لو شرط على المؤجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك، أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الإجارة عيناً

---

١. بل الظاهر ملكية المشتري للمنفعة أيضاً؛ لقاعدة التبعية وعدم الفرق بين المقام وبين سائر الموارد، كما أنّه لا فرق ظاهراً بين أن يكون السبب مثل الإرث من الأسباب التي ليس لبقائها اعتبار أو احتمال زوال، وبين ما إذا كان مثل العقود التي لها اعتبار بقاءً، وأثر واحتمال فسخ وانفساخ، فإنّ اختلاف سبب ملك العين لا يؤثّر في تبعيّة المنفعة وعدمها، فإنّ المنشأ لاحتمال العدم هو انفكاكها عن العين بالإجارة، ولا فرق من هذه الجهة بين أسباب ملك العين المختلفة من حيث اعتبار البقاء وعدمه. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال، بل الظاهر عدمه. (**خوئي**).

٣. في إطلاقه إشكال، والظاهر اختلاف الموارد ولا يبعد التبعيّة إذا تملّكها بمثل الإرث من الأسباب التي ليس لبقائها اعتبار أو احتمال زوال، وعدم التبعيّة في العقود التي لها اعتبار بقاء وأثر واحتمال فسخ وانفساخ، وفي مثلها لا يؤثّر قصد التبعيّة في تبعيّتها. نعم له أن يضمّها إليها في العقد. (**خميني**).

٤. فيه تأمّل بل العدم لا يخلو من رجحان. نعم لا بأس بضمها إليها في العقد وصفاً أو إشتراطاً وكفاية صرف قصد التبعية محلّ إشكال بل منع. (**صانعي**).

شخصيّة، فالظاهر الصحّة، بل الظاهر صحّة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة، ولا يضرّه التعليق؛ لمنع كونه مضرّاً في الشروط. نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءة[١] من الأوّل، فالظاهر عدم صحّته[٢]؛ لأوله إلى الجهل بمقدار مال الإجارة حين العقد.

السادسة عشر: يجوز إجارة الأرض[٣] مدّة معلومة بتعميرها[٤] وإعمال عمل فيها[٥] من كري الأنهار وتنقية الآبار وغرس الأشجار ونحو ذلك، وعليه يحمل قوله عليه السلام[٦]: «لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمّرها ويؤدّي ما خرج عليها» ونحوه غيره.

السابعة عشر: لا بأس بأخذ الأُجرة على الطبابة وإن كانت من الواجبات الكفائيّة، لأنّها كسائر الصنائع واجبة[٧] بالعوض[٨] لانتظام نظام معائش العباد، بل يجوز وإن وجبت عيناً لعدم من يقوم بها غيره، ويجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الرافع للغرر، ويجوز أيضاً مقاطعته على المعالجة إلى مدّة[٩] أو مطلقاً[١٠]، بل يجوز

---

١. أي عدم الاشتغال رأساً لا البراءة بعد الاشتغال ولو آناً. (**لنكراني**).

٢. بل الظاهر صحّته، فإنّ البراءة إنّما هي في الآن المتأخر عن زمان الاشتغال، فلا جهل بمقدار مال الإجارة أصلاً. (**خوئي**).

٣. هذا إذا كان العمل معيّناً كمّاً وكيفاً. (**خوئي**).

٤. مع التعيين على وجه يرتفع به الغرر. (**خميني ـ صانعي**).

٥. مع التعيين على نحو يرتفع به الغرر. (**لنكراني**).

٦. الرواية منقولة بالمعنى. (**خوئي**).

٧. في الوجوب الشرعي في مثل المقامات إشكال بل منع. (**خميني ـ صانعي**).

٨. في العبارة مسامحة. (**لنكراني**).

٩. أي معيّنة، وفي صورة الإطلاق مشكل. (**لنكراني**).

١٠. مشكل مع عدم تعيين المدّة. (**خميني**).

ـ كيف تصحّ الإجارة مع عدم تعيين المدة. (**صانعي**).

المقاطعة عليها بقيد البرء[١] أو بشرطه إذا كان مظنوناً بل مطلقاً[٢]، وما قيل من عدم جواز ذلك لأنّ البرء بيد الله فليس اختياريّاً له وأنّ اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الإجارة، فيه: أنّه يكفي كون مقدّماته العادية اختياريّة، ولا يضرّ التخلّف في بعض الأوقات، كيف وإلّا لم يصحّ بعنوان الجعالة أيضاً[٣].

الثامنة عشر: إذا استؤجر لختم القرآن لا يجب[٤] أن يقرأه مرتّباً[٥] بالشروع من الفاتحة

---

١. مع الوثوق بحصوله بحيث يدفع به الغرر، وكذا في الشرط، لكن الأحوط أن يكون القرار بنحو الجعالة. (**خميني**).

٢. يشكل الحكم بالصحّة في فرض التقييد مع الظنّ بالبرء أيضاً. نعم لا تبعد الصحّة مع الاطمئنان به. (**خوئي**).

ـ مع عدم كون ضعف احتمال البرء إلى حدّ موجب للسفه بالنسبة إلى الطبيب وإلّا فالإجارة باطلة للسفه، وأمّا الاختيار والقدرة، فاختيارية المقدّمات كافية فيه، ولا فرق بحسب الدقّة بين المعالجة والبرء وبين غيرها من الأُمور التسبيبيّة فإنّ كلّ الأُمور بيد الله تعالى من دون فرق بين الإحراق بالنّار وبين البرء بالمعالجة فإن لم يرد الله تعالى لا تحرق نار في موضع كما لا تصحّ المريض ولا تبرء بالدواء، فإنّه الذي يميت ويحيي ويمرض ويشفي ويحرق ويبرد وينزل المطر وينبت الأرض فإنّه لا مؤثّر في الوجود إلّا الله تعالى ﴿أَفَرَأَيْتُمْ ما تَحْرُثُونَ أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾(أ). (**صانعي**).

٣. الفرق بين الجعالة والإجارة من هذه الجهة ظاهر. (**خوئي**).

٤. إلّا إذا كان تعارف موجب للانصراف، كما هو كذلك ظاهراً. نعم لو اتّفق الغلط في بعض الآيات، فالظاهر كفاية إعادته ولا يلزم إعادة ما بعده، وكذا لو نسي وخالف الترتيب. (**خميني ـ صانعي**).

ـ إذا لم يكن هناك قرينة خاصّة أو تعارف موجب للانصراف إلى القراءة المرتّبة، وكذا بالإضافة إلى آيات سورة واحدة، وكفاية قراءة الآية المنسيّة فقط بعد التذكّر أو التي قرأها غلطاً بعد العلم لا دلالة فيها على عدم لزوم رعاية الترتيب مطلقاً. (**لنكراني**).

٥. فيه إشكال، وأولى منه بالإشكال تجويزه عدم رعاية الترتيب في آيات السورة، بل الظاهر هو الانصراف إلى القراءة المرتّبة ولا سيما في الفرض الثاني. (**خوئي**).

(أ) الواقعة (٥٦): ٦٣ و ٦٤.

والختم بسورة الناس، بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضاً، ولهذا إذا علم بعد الإتمام[1] أنّه قرأ الآية الكذائية غلطاً أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط.

نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته، ولو علم إجمالاً بعد الإتمام أنّه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الإعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادّة فلا يبعد كفايته[2] وعدم وجوب الإعادة؛ لأنّ اللازم القراءة على المتعارف والمعتاد، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئين غالباً إلّا من شذّ منهم. نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الإعادة مع العلم به في الجملة، وكذا الكلام في الاستئجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها، وكذا في الاستئجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها لا يضرّ في استحقاق الأُجرة إسقاط كلمة[3] أو حرف[4] أو كتابتهما غلطاً.

التاسعة عشر: لا يجوز في الاستئجار للحجّ البلدي أن يستأجر شخصاً من بلد الميّت إلى النجف وشخصاً آخر من النجف إلى مكّة، أو إلى الميقات وشخصاً آخر منه إلى مكّة، إذ اللازم أن يكون قصد المؤجر من البلد الحجّ، والمفروض أنّ مقصده النجف مثلاً، وهكذا فما أتى به من السير ليس مقدّمة للحجّ، وهو نظير أن

---

١. إذا كانت الإجارة على قراءة القرآن على النحو المتعارف كفى ذلك بلا حاجة إلى الإعادة، وإن كانت على قراءة القرآن صحيحة كفى قراءة تلك الآية صحيحة ثانية؛ لعدم الانصراف إلى اعتبار الترتيب في هذا الفرض. (**خوئي**).

٢. مع كونه غير معتدّ به. (**خميني**).

٣. إذا وقعت بغير عمد ولم تكن زائدة على المتعارف، ومع ذلك لو أمكن التصحيح فالأحوط ذلك مع عدم الحرج. (**خميني**).

ـ إذا لم يكن عن عمد. (**لنكراني**).

٤. إذا كان الاسقاط والغلط سهواً ولم يكن زائداً على القدر المتعارف بين الكتاب المتحفظين. (**صانعي**).

يستأجر شخصاً لعمرة التمتّع وشخصاً آخر للحجّ، ومعلوم أنّه مشكل[١]، بل اللازم[٢] على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استئجار شخص للركعة الأُولى من الصلاة وشخص آخر للثانية، وهكذا.

متمّم العشرين: إذا استؤجر للصلاة عن الميّت فصلّى ونقص من صلاته[٣] بعض الواجبات الغير الركنيّة سهواً، فإن لم يكن زائداً على القدر المتعارف الذي قد يتّفق، أمكن أن يقال: لا ينقص من أُجرته شيء، وإن كان الناقص من الواجبات والمستحبّات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص[٤] من الأُجرة بمقداره، إلّا أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمّة، ونظير ذلك إذا استؤجر للحجّ فمات بعد الإحرام ودخول الحرم، حيث إنّ ذمّة الميّت تبرأ بذلك، فإن كان المستأجر عليه ما يبرئ الذمّة استحقّ تمام الأُجرة، وإلّا فتوزّع ويستردّ ما يقابل بقيّة الأعمال.

---

١. إشكاله أهون من الأوّل. (**خميني**).

٢. فيه ما لا يخفى. (**خميني**).

ـ لا يلزم ذلك. (**خوئي**).

ـ فيه منع. (**لنكراني**).

٣. تقدّم الكلام فيه في صلاة الاستئجار. (**خوئي**).

٤. بل لا ينقص، إلّا إذا أوقع الإجارة على نحو يوزّع على أجزاء الصلاة ولم يكن الجزء المنسيّ قابلاً للتدارك. (**خميني ـ صانعي**).

كتاب المضاربة

[فصل]

[في معنى المضاربة وشرائطها وأحكامها]

وتسمّى قراضاً عند أهل الحجاز، والأوّل من الضرب؛ لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار[1] كون المالك سبباً له والعامل مباشراً، والثاني من القرض، بمعنى القطع، لقطع المالك حصّة من ماله ودفعه إلى العامل ليتّجر به، وعليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، وعلى الأوّل مضارب بالبناء للفاعل، وكيف كان عبارة عن دفع[2] الإنسان مالاً إلى غيره ليتّجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون تمام الربح للـمالك ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك: أنّ من دفع مالاً إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده وتارة على أن يكون تمامه للمالك، ويسمّى عندهم باسم البضاعة، وتارة لا يشترطان شيئاً، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليهما يستحقّ العامل أُجرة المثل لعمله إلّا أن يشترطا عدمه، أو يكون

---

١. أو باعتبار عدم دلالتها في مثل المقام على الاشتراك، كما أنّه على تقدير القراض لا محيص عن ذلك، مع أنّه أيضاً مصدر باب المفاعلة، إلّا أن يوجّه بأنّ العامل أيضاً يقطع شيئاً من عمله ويخرجه عن حدّ الاختصاص، وعليه فلا يتعيّن أن يكون هو المقارَض ـ بالفتح ـ. (**لنكراني**).

٢. بل عبارة عن عقد واقع بين شخصين على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل، والربح الحاصل بينهما. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بل عبارة عن عقد واقع بينهما على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل والربح بينهما، ولو لم يكن المال مدفوعاً إلى العامل، كما سيأتي منه ﷺ من الحكم بصحّة المضاربة مع كون المال بيد مالكه. (**لنكراني**).

العامل قاصداً للتبرّع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرّع أيضاً له أن يطالب الأُجرة، إلّا أن يكون الظاهر[١] منهما[٢] في مثله عدم أخذ الأُجرة، وإلّا فعمل المسلم محترم[٣] ما لم يقصد التبرّع، ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول، ويكفي فيهما كلّ دالّ قولاً أو فعلاً، والإيجاب القوليّ كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت، ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر[٤]؛ لفلس[٥] أو جنون[٦] أُمور:

الأوّل: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصحّ بالمنفعة[٧] ولا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلّا بعد قبضه، ولو أذن للعامل في قبضه ما لم يجدّد العقد بعد القبض. نعم لو وكّله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه، بأن يكون موجباً قابلاً صحّ، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصحّ جعله قراضاً، إلّا أن يوكّله في تعيينه، ثمّ إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولّي الطرفين.

---

١. كما هو كذلك في البضاعة، وقد التزمﷺ في باب المساقاة بعدم استحقاق العامل الأُجرة فيما إذا اشترط المالك انفراده بالثمر. (**خوئي**).

٢. حتّى يأخذ المالك به في مقام الترافع أو تكليفه الظاهري، والاستحقاق الواقعي تابع لواقعيّته. (**خميني ـ صانعي**).

٣. إذا كان واقعاً بأمر الغير، كما صرّح بذلك في كتاب الإجارة. (**لنكراني**).

٤. في ربّ المال لفلس، وفيهما لسفه. (**خميني ـ صانعي**).

٥. هذا في المالك، وسيأتي منهﷺ عدم اعتباره في العامل. (**خوئي**).

٦. لعلّه يريد به السفه، وإلّا فهو من سهو القلم، وعلى الأوّل فإنّما يعتبر عدمه في المالك دون العامل. (**خوئي**).

ـ الظاهر أنّ المراد به هو السفه، وعدمه وكذا عدم الفلس إنّما يعتبر بالإضافة إلى المالك دون العامل. (**لنكراني**).

٧. على الأحوط. (**خوئي ـ لنكراني**).

الثاني: أن يكون[١] من الذهب أو الفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة، بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصحّ بالفلوس[٢] ولا بالعروض بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم تأمّل فيه بعضهم وهو في محلّه لشمول العمومات، إلّا أن يتحقّق الإجماع وليس ببعيد[٣]، فلا يترك الاحتياط، ولا بأس

---

١. بل يكفي النقد الرائج ولا خصوصية للذهب والفضة وإنّما الخصوصية في سكة المعاملة ورواجها نقداً. (**صانعي**).

٢. بل تصحّ لكونه رائجاً وإجماع العلّامة في التذكرة مدركي لا كشفي وتعبّدي فراجعها. (**صانعي**).

٣. لم يثبت الإجماع في المسألة؛ لعدم تعرّض كثير من القدماء لها، ويظهر من «الخلاف» و«الغنية» أنّ المسألة ليست إجماعية؛ لتمسّكهما بعدم الدليل على الصحّة دون الإجماع، وإنّما ادّعيا الإجماع وعدم الخلاف في الصحّة مع الدرهم والدينار، بل يظهر من العلّامة ـ أيضاً ـ بعد نسبة القول بالبطلان إلى علمائنا: أنّ الدليل عليه كونها على خلاف القاعدة، فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن، وإنّما ادّعى الإجماع صاحب «جامع المقاصد» وتبعه بعض آخر بل حجّيّة الإجماع في مثل تلك المسألة التي ادّعى الأعاظم كون الصحّة فيها خلاف القواعد ممنوعة أو مشكلة، ولو فرض صحّة الإجماع وثبوته فالقدر المتيقّن منه هو عدم الجواز في غير الأثمان ـ أي العروض ـ وأمّا في مثل الدينار العراقي والإسكناس من الأثمان غير الذهب والفضّة فغير ثابت، فعليه فصحّتها بمثلها لا يخلو من قوّة؛ للعمومات، وكون المعاملة عقلائيّة وعدم غرريّتها، بل عدم ثبوت البطلان بمثل ذلك، هذا مع أنّه لا يبعد إطلاق بعض أدلّة الباب. (**خميني**).

ـ الظاهر أنّ الإجماع لم يثبت، وعبارة القاضي في الجواهر تدلّ على تحقّق الإجماع على صحّة المضاربة بالدراهم والدنانير، لا على عدم صحّتها في غيرهما، فالظاهر جواز المضاربة بما يكون في حكم النقدين من الأوراق النقدية وغيرها. (**خوئي**).

ـ الظاهر عدم تحقّق الإجماع، فإنّ المحكي عن الخلاف والغنية والجواهر للقاضي دعوى الإجماع على الصحّة في الدراهم والدنانير لا على عدمها في غيرهما، مضافاً إلى عدم تعرّض كثير من القدماء لأصل المسألة، وإلى استناد بعض المتعرّضين بغير الإجماع، وإلى عدم حجّية الإجماع المنقول، خصوصاً في مثل المسألة، فالظاهر صحّة المضاربة بجميع الأثمان، ولو كان ديناراً

←

بكونه من المغشوش الذي يعامل به مثل الشاميّات والقمري ونحوها. نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره بأن كان قلباً لم يصحّ وإن كان له قيمة فهو مثل الفلوس، ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً، لم يصحّ[١]، إلّا أن يوكّله في تجديد العقد عليه بعد أن نضّ ثمنه.

الثالث: أن يكون معلوماً[٢] قدراً ووصفاً[٣]، ولا يكفي المشاهدة[٤] وإن زال به معظم الغرر.

الرابع: أن يكون معيّناً[٥]، فلو أحضر مالين وقال: قارضتك بأحدهما أو بأيّهما شئت، لم ينعقد[٦]، إلّا أن يعيّن ثمّ يوقعان العقد عليه. نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصّتي في هذا المال، صحّ مع العلم بحصّته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صحّ.

← عراقياً أو اسكناساً إيرانياً أو غيرهما ممّا لا يكون درهماً ولا ديناراً. نعم، صحّتها بالعروض محلّ تأمّل، وإن كان مقتضى إطلاق بعض أدلّة الباب الصحّة فيها أيضاً. (**لنكراني**).

١. فيه إشكال، بل لا تبعد الصحّة. (**خوئي ـ صانعي**).

٢. اعتباره محلّ تأمّل، خصوصاً بالإضافة إلى المجهول الذي يؤول إلى العلم، كما إذا وقع العقد على ما في الكيس مثلاً، ثمّ يعدّانه بعد ذلك. (**لنكراني**).

٣. على الأحوط الأولى. (**خوئي**).

٤. الأظهر الكفاية إذا كانت المشاهدة طريقاً لرفع معظم الغرر قضاءً للعمومات وعدم الدليل على المنع. (**صانعي**).

٥. على الأحوط، ولا يبعد عدم اعتباره. (**خوئي**).

ـ لا دليل على الاعتبار ولم يثبت الإجماع، ودعوى عدم المعقولية غير ثابتة أيضاً، وذكرنا في كتاب الإجارة أنّه لا يبعد الحكم بصحّة استئجار أحد هذين العبدين إذا كانا متساويين في الأوصاف الموجبة لتفاوت الرغبات. (**لنكراني**).

٦. شرطيّة التعيين كذلك لا دليل عليها، وينعقد القراض كما مرّ نظيره في الإجارة. (**صانعي**).

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما[١]، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيّناً والبقيّة للآخر أو البقيّة مشتركة بينهما لم يصحّ[٢].

السادس: تعيين حصّة كلّ منهما، من نصف أو ثلث أو نحو ذلك، إلّا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزء منه لأجنبي عنهما لم يصحّ[٣]، إلّا أن يشترط عليه عمل متعلّق بالتجارة. نعم ذكروا: أنّه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صحّ، ولا بأس به خصوصاً[٤] على القول[٥] بأنّ العبد لا يملك؛ لأنّه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، إلّا أنّه لمّا كان مقتضى القاعدة صحّة الشرط حتّى للأجنبي والقدر المتيقّن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما، فالأقوى الصحّة مطلقاً، بل لا يبعد[٦] القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً؛ لعموم الأدلّة.

الثامن: ذكر بعضهم أنّه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن

---

١. لا دليل على اعتبار هذا الأمر أيضاً خصوصاً مع الوثوق والاطمئنان بحصول الزائد على المقدار المعيّن. (**لنكراني**).

٢. لا يخلو من الإشكال فيما إذا علم أنّ الربح يزيد على المقدار المعين، وقد التزم‌ﷺ في باب المساقاة بالصحّة في نظير المقام. (**خوئي**).

ـ مضاربة وأمّا مع عدم قصد المضاربة وقصد العقد على الإطلاق يكون صحيحاً ومشمولاً لعمومات العقود والشروط. (**صانعي**).

٣. بل يصحّ، وإن لم يكن له عمل متعلّق بالتجارة؛ قضاءً لقاعدة صحّة الشرط. (**صانعي**).

٤. إذا لم يقصد ملك العبد نفسه، وإلّا فالشرط باطل. (**لنكراني**).

٥. لا يبعد ابتناء صحّة الاشتراط على هذا القول إذا كان الشرط من شرط النتيجة كما هو المفروض، وأمّا الاشتراط للأجنبي فالظاهر عدم صحّته. (**خوئي**).

٦. فيه تأمّل. (**خميني**).

ـ محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

يكون بيده لم يصحّ، لكن لادليل عليه، فلا مانع[١] أن يتصدّى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن «التذكرة».

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة، وأمّا إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما يشكل صحّته، إذ القدر المعلوم من الأدلّة هو التجارة، ولو فرض صحّة غيرها للعمومات كما لا يبعد[٢]، لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة.

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير، أو كان عاجزاً حتّى مع الاستعانة بالغير، وإلّا فلا يصحّ[٣]؛ لاشتراط كون العامل قادراً[٤] على العمل، كما أنّ الأمر كذلك في

---

١. وعليه فلا يبقى مجال لتعريف المضاربة بما أفاده في المتن، كما نبّهنا عليه. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال بل منع. (**خميني**).

ـ بل هو بعيد. (**خوئي**).

ـ بل بعيد جدّاً. (**لنكراني**).

٣. لاتبعد الصحّة في المقدار الذي يقدر العامل على الاتّجار به. (**خوئي ـ صانعي**).

٤. يشترط قدرته على العمل، فلو كان عاجزاً مطلقاً بطلت، ومع العجز في بعضه لا يبعد الصحّة بالنسبة على إشكال. نعم لو طرأ العجز في أثناء التجارة تبطل من حين طروئه في الجميع لو عجز مطلقاً، وفي البعض لو عجز عنه على الأقوى، وكذا الحال في الإجارة للعمل، وعلى ما ذكرناه يعلم حال الربح، وأمّا الضمان فعلى مقدار البطلان؛ إن كلّاً فكلّ وإن بعضاً فبعض مع تلف الكلّ وبالنسبة مع تلف البعض المشاع. نعم لو أخذ بمقدار مقدوره أوّلاً وقلنا بصحته بالنسبة فمع عدم الامتزاج يكون ضامناً بالنسبة إلى غير المقدور وما أخذ أوّلاً بعنوان المعاملة يتعيّن لمال المضاربة، والباقي الزائد مقبوض بلا وجه ومضمون. (**خميني**).

ـ إن كان المراد بالقدرة القدرة على التجارة في الجميع في مقابل العجز مطلقاً، كما يدلّ عليه قوله ﷺ: فإنّه إذا كان... الخ. فيرد عليه أنّه لا دليل على اعتبار هذا النحو من القدرة في المضاربة، ولا على كونها مثل الإجارة لو سلّم الحكم فيها. وإن كان المراد بها هي القدرة ولو في الجملة، نظراً إلى أنّه

←

الإجارة للعمل، فإنّه إذا كان عاجزاً تكون باطلة، وحينئذٍ فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أُجرة عمله مع جهله بالبطلان[١]، ويكون ضامناً لتلف المال[٢] إلّا مع علم المالك بالحال، وهل يضمن حينئذٍ جميعه لعدم التميّز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأنّ العجز إنّما يكون بسببه فيختصّ به، أو الأوّل إذا أخذ الجميع دفعة والثاني إذا أخذ أوّلاً بقدر مقدوره ثمّ أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أوّلاً؟ أقوال، أقواها الأخير[٣]، ودعوى: أنّه بعد أخذ الزائد

← مع العجز الكلّي تتّصف المعاملة باللغويّة، ولا يجدي في ذلك مجرّد الفرق بين الإجارة والمضاربة بعدم ثبوت التمليك فيها ابتداءً بخلاف الإجارة، فإنّ عدم ثبوت التمليك لا يخرج المعاملة مع العجز عن اللغوية فيرد عليه منع الحكم فيما فرّعه على ذلك، فإنّ لازم ذلك إمّا الحكم بالصحّة مطلقاً، أو في خصوص المقدار المقدور واشتراكهما في الربح في خصوص ذلك المقدار لا اختصاص المالك به وثبوت الأُجرة للعامل مع جهله بالبطلان. (**لنكراني**).

١. مرّ في الإجارة تفصيل ذلك. (**خميني**).

ـ بل ومع علمه أيضاً؛ لعدم قصده التبرّع وحرمة العمل، كما مرّ في الإجارة. (**صانعي**).

٢. الظاهر أنّه لا يضمن مطلقاً. (**خوئي**).

ـ عدم الضمان غير بعيد ويكون مطابقاً لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، ولقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» المستفادة من موثّقة إسحاق بن عمّار[أ] الواردة في رهن الغلام والدار فتصيبه الآفة. (**صانعي**).

ـ المراد بالمال هو المقدار الذي يقدر على الاتّجار به، وقد عرفت في الحاشية السابقة صحّة المضاربة مطلقاً أو بالإضافة إليه، وعليه فلا وجه لضمانه بالنسبة إليه، وأمّا المقدار الزائد فالظاهر عدم ثبوت الضمان فيه أيضاً، إمّا لصحّة المضاربة في المجموع وإمّا لعدم كون فسادها موجباً للضمان كما في الإجارة الفاسدة ـ على ما مرّ ـ والفرق بين صورة المزج وعدمه، وكذا بين صورة تعدّد الأخذ ووحدته ممّا لا وجه له أصلاً. (**لنكراني**).

٣. بل أقواها الأوّل على تسليم الضمان، حيث إنّ المفروض وحدة المعاملة والمضاربة المعيّن فيها مقدار من المال الذي يعجز العامل من التجارة بتمامه، ودفعه الدعوى بعدم الترجيح بأنّ الأوّل ←

يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأوّل وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً، كماترى، إذ الأوّل وقع صحيحاً، والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه، والمفروض عدم المزج.

هذا، ولكن ذكر بعضهم[1]: أنّ مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك ولا وجه له؛ لما ذكرنا، مع أنّه إذا كانت المعاملة صحيحة[2] لم يكن وجه للضمان، ثمّ إذا تجدّد العجز في الأثناء وجب عليه ردّ الزائد[3] وإلّا ضمن.

(**مسألة ١**): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صحّ، وإن كان في يده غصباً أو غيره؛ ممّا يكون اليد فيه يد ضمان، فالأقوى أنّه يرتفع[4] الضمان

← وقع صحيحاً والبطلان مستند إلى الثاني كما ترى، فإنّ المأخوذ أوّلاً لم يكن بمضاربة خاصّة بل كان المجموع بمضاربة واحدة فيد العامل على المأخوذ أوّلاً يد على عين مال الغير بمعاملة فاسدة، فاليد غير أماني. (**صانعي**).

(أ) وسائل الشيعة ١٨: ٣٨٧، كتاب الرهن، الباب ٥، الحديث ٦.

١. بل هو من الكلّ فيما أعلم لكن بعضهم بالصراحة كالمسالك وبعضهم بالظهور أو الإشعار كالشرائع والقواعد وقولهم بذلك لمّا يكون مدركياً ليس بحجّة ودليل، فإنّ الإجماع المدركي ليس بحجّة فضلاً عمّا ذكروه. (**صانعي**).

٢. هذا الإيراد غير وارد لعدم الملازمة بين الصحّة وعدم الضمان ففي موارد تخلّف العامل عن العمل بالشروط يكون ضامناً والربح بينهما كما عليه الأخبار. (**صانعي**).

٣. مع العجز عن البعض، وردّ التمام مع العجز مطلقاً. (**خميني**).

٤. إذا كان إيقاع المضاربة معه قرينة ظاهرة على الإذن في إبقاء اليد عليه، وإلّا فلا وجه للارتفاع؛ لما مرّ من أنّه لا يعتبر في حقيقتها أن يكون المال بيد العامل. (**لنكراني**).

بذلك، لانقلاب اليد حينئذٍ[١]، فينقلب الحكم، ودعوى: أنّ الضمان مغيّاً بالتأدية ولم تحصل، كما ترى، ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلّا إذا اشترى به شيئاً ودفعه[٢] إلى البائع، فإنّه يرتفع الضمان به؛ لأنّه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، وأنّ العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنّها تبقى على الضمان، والأقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

(**مسألة ٢**): المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكلّ منهما فسخها[٣]، سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده[٤]، نضّ المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل وإن كان قبل انقضائه[٥].

---

١. مرّ أنّه لا يعتبر في المضاربة كون المال بيد العامل، وعليه فلا دلالة لعقدها على رضا المالك ببقاء المال في يد الغاصب من دون قرينة، إلّا أنّ عقد المضاربة من المالك على ذلك المال قرينة عرفية على رضاه ببقاء هذا المال في يده وتصرّفه فيه، وعليه فلا ضمان. نعم لو لم تكن هنا قرينة على ذلك فالصحيح ما ذكره الجماعة من بقاء الضمان. (**خوئي**).

٢. أي بإذن المالك، وإلّا فلا وجه لارتفاع الضمان. (**لنكراني**).

٣. بمعنى جواز رجوع المالك في الإذن عن التصرّف في المال وامتناع العامل من العمل في أيّ وقت كان وأمّا ما عيّناه للمال وللعمل من الربح بعد ظهوره، فلا يجوز فسخه لأنّ عمدة الدليل على الجواز كونها من العقود الأذنية ولا يخفى عليك أنّ ذلك غير مقتضٍ لانفساخ العقد بحيث لا يكون للعامل سهم ربحه بعد الظهور، وأمّا الإجماع فالمقدار المتيقّن منه ذلك أيضاً. (**صانعي**).

٤. لا بمعنى اختصاص الربح بأجمعه بالمالك بعد الفسخ، بل بمعنى أنّ حصول العمل وظهور الربح لا يوجب لزوم المضاربة بالإضافة إلى التجارة الآتية، فإنّه يجوز لكلّ منهما فسخها مطلقاً، فيرجع المالك عن إذنه في التصرّف، ويمتنع العامل عن العمل في أيّ وقت. (**لنكراني**).

٥. محلّ تأمّل بل منع لقاعدة اللزوم ولا دليل عليه ظاهراً إلّا أصل الجواز ومثله ففي الجواهر الاستدلال بقوله للأصل وغيره والظاهر كون مراده الجواز الوضعي وفيه مضافاً إلى أنّ شمول أدلّة

←

نعم لو اشترط فيها عدم[١] الفسخ إلى زمان كذا، يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى؛ لوجوب الوفاء بالشرط، ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد أيضاً[٢]؛ لأنّه منافٍ لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو منافٍ لإطلاقه[٣]، ودعوى: أنّ

← الحلّ، للحلّ والجواز الوضعي وعدم اختصاصها بالتكليفي محلّ كلام يطلب من محلّه، إنّ الجواز لا محلّ له مع القاعدة كما لا يخفى، ولا إجماع في المسألة أيضاً بل ليس فيها نفي الخلاف على الإطلاق، كما يظهر من الجواهر، حيث قيّده بلَم أجده حيث قال: بلا خلاف أجده فيه، فراجع. (**صانعي**).

١. أي عدم تحقّق الفسخ خارجاً مع كونه مالكاً له، وأمّا لو كان المشروط عدم ملكية الفسخ رأساً بحيث كان مرجعه إلى لزوم المعاملة فالشرط باطل، لكونه مخالفاً لمقتضى العقد، ولعلّ نظر المشهور إلى هذا الفرض. (**لنكراني**).

٢. ذكرنا في محلّه أنّ اشتراط العقد بشيء ليس معناه مجرّد مقارنة التزام مع التزام آخر، بل هو يختلف باختلاف الموارد فقد يكون معنى الشرط في ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه، كما إذا اشترط في بيع عبدٍ مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك، وقد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشيء كما إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح السكنى في بلد معيّن مثلاً أو نحو ذلك، وقد يكون كلا الأمرين معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطة ثوب أو كتابة شيء مثلاً.

ثمّ إنّ الاشتراط فيما نحن فيه ليس من قبيل الأوّل حيث إنّه لا التزام هنا بالعقد حتّى يعلّق على شيء آخر، بل هو من قبيل الثاني بمعنى أنّ المعلّق على الالتزام بشيء إنّما هو عقد المضاربة نفسه، وعليه ففيما نحن فيه إن كان المعلّق عليه هو لزوم العقد ووجوب الوفاء به فهو باطل، وإن كان هو الالتزام بعدم فسخه خارجاً فهو صحيح ويجب عليه الوفاء به، ولكن لا يوجب لزوم العقد وضعاً، ومن هنا إذا فسخ كان فسخه نافذاً وإن كان غير جائز، وكذا الحال فيما إذا اشترط في ضمن عقد آخر، وبذلك يظهر الحال في سائر فروض المسألة. (**خوئي**).

٣. اشتراط عدم الفسخ ـ كما هو المفروض ـ غير منافٍ لإطلاقه أيضاً؛ لعدم اقتضاء العقد ولا ←

الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء، ممنوعة. نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط[١]، وإلّا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنّما يتمّ في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنّه يوجب لزوم[٢] ذلك العقد[٣]. هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحّة الشرط ولزومه[٤]، وهذا يؤيّد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحّته في ضمن عقد آخر أيضاً، ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أُخرى سابقة صحّ ووجب الوفاء به، إلّا أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما أنّه لو اشترط في مضاربة مضاربة أُخرى في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب، ولابدّ أن يحمل ما اشتهر من أنّ الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، وإلّا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب «الجواهر»، بدعوى: أنّها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هي أولى بالجواز وأنّها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[(أ)] اللازمة منها؛ لظهور

---

١. سقوط الشرط بفسخ العقد الجائز فيما كان الشرط متقوّماً به مثل اشتراط مطالعة الكتاب في الليل على المستعير لا إشكال ولا كلام فيه، وأمّا فيما لم يكن متقوّماً به بل له استقلال قابل للعمل حتّى بعد الفسخ مثل شرط المعير على المستعير زيارة العاشوراء في كلّ سنة مرّة واحدة في عشر سنوات، فالسقوط فيه محلّ إشكال، بل عدمه لا يخلو عن قوّة، فإنّ أدلّة لزوم الشرط، مثل

← إطلاقه الفسخ وعدمه، بل مقتضاه أو مقتضى إطلاقه جواز العقد مقابل اللزوم، وشرط عدم الفسخ لا يقتضي اللزوم حتّى ينافي مقتضى العقد، فشرط اللزوم باطل غير مبطل للعقد، وشرط عدم الفسخ صحيح، والظاهر أنّه يجب العمل به مادام العقد باقياً، فإذا شرط في ضمن عقد المضاربة عدم الفسخ يجب العمل به، لكن لو فسخ ينفسخ وإن عصى بمخالفة الشرط، وإن شرط في ضمن عقد جائز آخر يجب العمل به مادام ذلك العقد باقياً، ومع فسخه يجوز فسخ المضاربة ـ أيضاً ـ بلا عصيان، ولو شرط في ضمن عقد لازم عدم الفسخ يجب الوفاء به مطلقاً، لكن لو فسخ المضاربة تنفسخ؛ لعدم اقتضاء شرط عدم الفسخ لزومها بوجه، فما في المتن من صيرورة العقد لازماً غير تامّ؛ سواء كان في ضمنه أو ضمن عقد آخر لازم أو جائز. (**خميني**).

«المؤمنون عند شروطهم» غير قاصرة عن الدلالة على الوجوب ولا يصير الشرط خارجاً عن الشرطيّة وساقطاً منها بعد تحقّقها في العقد بذهاب العقد وفسخه عند العقلاء، والعرف حاكم ببقاء الشرط واحتمال عدم صدق الشرط فيما كان منه في ضمن العقود الجائزة لعدم كون العقود الجائزة التزاماً بل هو إذن ورضى، والشرط هو الالتزام في الالتزام على التمامية، كما ترى، فإنّه موجب لعدم وجوب الوفاء مطلقاً حتّى قبل الفسخ والكلام بعد الفراغ عن الفراغ في الجملة ثمّ إنّ الإشكال والمنع جارٍ في الفروع والمسائل الآتية أيضاً.(**صانعي**).

٢. مرّ الإشكال فيه وفيما بعده. (**خميني**).

٣. قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ شرط عدم الفسخ لا يرجع إلى اللزوم، وشرط اللزوم باطل. (**لنكراني**).

٤. أي لزوم الوفاء به لا لزوم المضاربة. (**لنكراني**).

(أ) المائدة (٥): ١.

الأمر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحّة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز، إذ لا يخفى ما فيه.

(**مسألة ٣**): إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتر به بستاناً مثلاً أو قطيعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صحّ مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحّته مضاربة وجهان، من أنّ الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصحّ، ومن أنّ حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة، والأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل هذه الفوائد. نعم لا بأس بضمّها إلى زيادة القيمة، وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى[1] صحّته[2] للعمومات.

(**مسألة ٤**): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط

---

١. لكنّها بعيدة، وقد تقدّم نظير ذلك. (**خوئي**).

ـ قد عرفت أنّها بعيدة جدّاً. (**لنكراني**).

٢. الأقرب هو البطلان. (**خميني**).

ـ بل هي غير بعيدة. (**صانعي**).

ضمانه لرأس المال، ففي صحّته وجهان، أقواهما الأوّل[١]؛ لأنّه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيّل، بل إنّما هو منافٍ لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلّا مع التعدّي أو التفريط.

(**مسألة ٥**): إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً أو إلى البلد الفلاني أو إلّا إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلّا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلّا من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلّا من شخص معيّن، أو نحو ذلك من الشروط، فلا يجوز له المخالفة، وإلّا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلّاً، وضمن الخسارة مع فرضها، ومقتضى القاعدة وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيديّة إذا أجاز المعاملة، وثبوت خيار تخلّف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام، وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلّا أنّ الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرّر؛ لجملة من الأخبار[٢] الدالّة على ذلك، ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل، ولا إلى

---

١. بل الثاني. نعم لو شرط أنّه لو وقع نقصان على رأس المال وخسران على المالك جبر العامل نصفه ـ مثلاً ـ لا بأس به ولزم على العامل العمل به؛ سواء شرط في ضمن عقد لازم أو جائز مع بقائه. نعم له فسخه ورفع موضوعه، بل لا يبعد الصحّة لو كان مرجع الشرط إلى انتقال الخسران إلى عهدته بعد حصوله في ملكه بنحو شرط النتيجة. (**خميني**).

ـ هذا إذا كان الاشتراط راجعاً إلى لزوم تدارك العامل الخسارة من كيسه، وأمّا إذا رجع إلى اشتراط رجوع الخسارة إليه فالأظهر بطلان الشرط، وبذلك يظهر الحال في اشتراط ضمانه لرأس المال. (**خوئي**).

ـ بل الثاني هو الأقوى، إلّا إذا كان مرجع اشتراط كون الخسارة عليه أو ثبوت الضمان إلى لزوم تداركه من ماله، فإنّه حينئذٍ لا مانع من الصحّة، ويجب عليه العمل به على تقدير الخسارة أو التلف، والروايات الدالّة على كون الوضيعة على صاحب المال لا دلالة فيها على بطلان الاشتراط في المقام، فإنّها دالّة على حكم صورة الإطلاق لا الاشتراط. (**لنكراني**).

٢. واحتمال كون ما فيها لتقديم الغرض والنية على اللفظ وعلى ظاهر العقد، احتمال غير بعيد، بل يكون قريباً، حيث إنّ المهم عند العقلاء في المعاملات والتجارات كغيرها من الأعمال هي ←

الاقتصار على مواردها؛ لاستفادة العموم من بعضها الآخر.

(**مسألة ٦**): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره، إلّا مع إذن المالك عموماً كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة أو خصوصاً، فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلّا أنّ المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة.

(**مسألة ٧**): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرّف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك، إلّا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق، وإن خالف فسافر، فعلى ما مرّ في المسألة المتقدّمة.

(**مسألة ٨**): مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك، إلّا أن يكون متعارفاً ينصرف[١] إليه الإطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف فإن استوفى الثمن قبل اطّلاع[٢] المالك فهو، وإن اطّلع المالك قبل الاستيفاء، فإن أمضى فهو، وإلّا فالبيع باطل وله الرجوع على كلّ من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده أو عند مشترٍ آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلّا أن يكون مغروراً من

← الأغراض والعلل الغائية والعقود شرّعت عندهم للتوصّل إلى تلك الأغراض وحيث إنّ غرض المالك بحسب الطبع من المضاربة استنماء المال وإنّما يمنع من العمل على وجه خاصّ لجهله بالواقع وكونه عنده معرضاً للخسران مثلاً فإذا خالفه وربح كان عمله على وفق غرضه وما لأجله ضاربه فاستحقّ نصيبه منه وإن خالف الشرط واللفظ، وللمسألة نظائر كثيرة في الوقف[أ]. (**صانعي**).

(أ) المسألة ٤٥ في لواحق الوقف من ملحقات العروة الوثقى.

١. أي لا ينصرف عنه الإطلاق، كما أنّ المراد بغير مورد الانصراف في صورة المخالفة مورد الانصراف عنه. (**لنكراني**).

٢. لم يظهر وجه للفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الخامسة المتقدّمة مع اشتراكهما في مخالفة المالك. غاية الأمر أنّ المخالفة هناك كانت بلحاظ الاشتراط وهنا بلحاظ الانصراف. (**لنكراني**).

قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنّه حينئذٍ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلّا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقلّ، فإنّه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن.

(**مسألة ٩**): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنّه لا يجوز أن يبيع بأقلّ من قيمة المثل وإلّا بطل[١]. نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به.

(**مسألة ١٠**): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع إلّا بالنقد المتعارف، ولا وجه له، إلّا إذا كان جنساً لا رغبة للناس[٢] فيه غالباً.

(**مسألة ١١**): لا يجوز شراء المعيب إلّا إذا اقتضت المصلحة، ولو اتّفق فله الردّ أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة.

(**مسألة ١٢**): المشهور على ما قيل: أنّ في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمّة، وبعبارة أُخرى: يجب أن يكون الثمن شخصيّاً من مال المالك، لا كلّيّاً في الذمّة، والظاهر أنّه يلحق به الكلّي في المعيّن أيضاً، وعلّل ذلك بأنّه القدر المتيقّن، وأيضاً الشراء في الذمّة قد يؤدّي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعلّ المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلّي في الذمّة لا يصدق على الربح أنّه ربح مال المضاربة، ولا يخفى ما في هذه العلل، والأقوى كما هو المتعارف جواز[٣] الشراء في

---

١. قد ظهرت المناقشة فيه ممّا ذكرنا. (**لنكراني**).

٢. بحيث أوجبت الانصراف عنه. (**لنكراني**).

٣. إن كان المراد به هو الجواز بحيث يثبت به شيء في ذمّة المالك، ويلزم بالتأدية من غير مال المضاربة في صورة تعذّر أدائه منه فالظاهر عدمه؛ لعدم الإذن وعدم التعارف. وإن كان المراد به هو الجواز في ذمة المالك متقيّداً بالأداء من مال المضاربة فهو وإن كان أقوى، خصوصاً بعد عدم ←

الذمّة[١] والدفع من رأس المال.

ثمّ إنّهم لم يتعرّضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصيّاً لا كليّاً، ثمّ الدفع من الأجناس التي عنده، والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كليّاً، وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء.

ثمّ إنّ الشراء في الذمّة يتصوّر على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمّته من حيث المضاربة[٢].

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمّته من حيث إنّه عامل ووكيل عن المالك، ويرجع إلى الأوّل، وحكمها الصحّة، وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمّة المالك[٣] يؤدّي من ماله الآخر.

← لزوم كون المال بيد العامل، وعدم اعتبار كونه معيّناً كما مرّ، إلّا أنّ الظاهر عدم كون المشهور مخالفاً في هذه الصورة. (**لنكراني**).

١. لكن لا بمعنى جواز إلزام المالك على تأديته من غير مال المضاربة في صورة تلفه، وكذا الحال في المبيع الكلّي؛ لعدم الإذن على هذا الوجه، وما هو لازم عقد المضاربة هو الإذن بالشراء كلّيّاً متقيّداً بالأداء من مال المضاربة؛ لأنّه من الاتّجار بالمال عرفاً. نعم للعامل أن يتّجر بعين شخصية وإن كان غير متعارف، لكنّه مأذون فيه قطعاً وأحد مصاديق الاتّجار بالمال. (**خميني**).

ـ أي في ذمّة المالك مع البناء على الدفع من رأس المال، فإنّه المتعارف فيشمله الإطلاق، نعم الشراء في ذمّة المالك مع إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة غير صحيح، لما ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك ولعلّ مراد الأصحاب بالمنع، المنع عن هذا بالخصوص، لا ما يشمل الأوّل الذي قد يتسامح في العرف بجعله الشراء على العين، وعلى ذلك إذا تلف مال المضاربة قبل الأداء يجب على المالك الدفع من مال آخر. (**صانعي**).

٢. مع قصد الدفع من مال المضاربة وكذلك الأمر في الثاني وإلّا فمع قصد الدفع من مال آخر للمالك وقصد الرجوع إليه فغير صحيح كما مرّ. (**صانعي**).

٣. مع إذنه في الشراء كذلك، وكذا الحال في المبيع إذا أذن في البيع كذلك، لكن مع تلف مال ←

الثالث : أن يقصد ذمّة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثمّ دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح[١] ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك، إلّا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض[٢].

الرابع : كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتّى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحّة الشراء وإن كان عاصياً في التصرّف في مال المضاربة من غير إذن المالك وضامناً له، بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إنّ الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل[٣] القول ببطلان الشراء؛ لأنّ رضا البائع مقيّد بدفع الثمن، والمفروض أنّ الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار: أنّ من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق، ويحتمل صحّة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإنّ البيع وإن كان بقصد نفسه وكلّيّاً في ذمّته إلّا أنّه ينصبّ على هذا الذي يدفعه، فكأنّ البيع وقع عليه، والأوفق بالقواعد الوجه الأوّل، وبالاحتياط[٤] الثاني،

← المضاربة لا يكون ذلك مال المضاربة. (**خميني**).

ـ في إطلاقه إشكال بل منع. (**خوئي**).

ـ قد ظهر أنّ المضاربة بمجرّدها لا تقتضي ذلك، فالثبوت في ذمّة المالك يحتاج إلى الإذن أو الإجازة، ومع عدمهما يكون الشراء باطلاً. (**لنكراني**).

١. أي للعامل، كما هو واضح ويكون الربح له ويكون أجنبياً عن عمل المضاربة. (**صانعي**).

ـ أي لنفسه وغير مرتبط بالمضاربة، سواء كان غاصباً في الدفع أو مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض. (**لنكراني**).

٢. وعلى أيّ حال يكون الربح له ولا يرتبط بمال المضاربة. (**خميني**).

٣. احتمالاً قريباً غير خالٍ من القوّة، لا لما علّله فإنّه عليل، بل لكون الأكل أكلاً بالباطل ولغيره ممّا يظهر من المراجعة إلى أخبار حرمة بيع مال اليتيم والمضاربة معه. (**صانعي**).

٤. بل بالأوفقية للقواعد. (**صانعي**).

وأضعف[١] الوجوه الثالث، وإن لم يستبعده[٢] الآقا البهبهاني.

الخامس: أن يقصد الشراء في ذمّته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له[٣] وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً ولو اختلف البائع والعامل في أنّ الشراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب يقدّم قول البائع؛ لظاهر الحال[٤]، فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب.

(**مسألة ١٣**): يجب على العامل بعد تحقّق عقد المضاربة مـايعتاد بـالنسبة إليـه، وإلى تـلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان من العمل، وتولّي ما يتولّاه التاجر لنفسه، من عرض القماش والنشر والطيّ وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك ممّا هو اللائق والمتعارف، ويجوز له استئجار من يكون المتعارف استئجاره مثل الدلّال والحمّال والوزّان والكيّال وغير ذلك، ويـعطي الأُجرة من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأُجرة من ماله، ولو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز[٥] أخذ الأُجرة إن لم يقصد التبرّع، وربما يقال بعدم الجواز، وفيه: أنّه منافٍ لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

---

١. ليس كذلك لأنّ المناط في المعاملة، المال والقصد ليس له الأصالة، فلا تغفل. (**صانعي**).

٢. يمكن أن يقال بصحّة ما اختاره البهبهاني رحمه الله في خصوص ما إذا لم يكن للعامل مال أصـلاً، ولا يرى لدى الناس لذمّته اعتبار، بل تصدّيهم للمعاملة معه إنّما هو لأجل كونه عاملاً بيده أموال يقدر على الاتّجار بها، ففي هذه الصورة قصد إيقاع المعاملة لنفسه لغو بحكم العرف، إلّا أن يقال: إنّ لازم ما ذكر بطلان المعاملة رأساً لا صحّتها ووقوعها للمالك. (**لنكراني**).

٣. إذا لم يكن انصراف يصرفه إلى العمل للمضاربة. (**خميني**).

٤. ظهور الحال في ذلك على إطلاقه محلّ إشكال، وحجّية هذا الظهور على فرضه محلّ تأمّـل، وتقديم قوله مع عدم الحجّية ممنوع. نعم لو كان ظهور لفظه في أنّ الشراء لنفسه يؤخذ به ويقدّم قول من وافق قوله الظهور. (**خميني**).

ـ فيما لم يعلم البائع أنّه عامل. (**صانعي**).

ـ إطلاقه محلّ نظر بل منع. (**لنكراني**).

٥. مع شمول إذن المالك لتولّي نفسه بقصد الأُجرة. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٤**): قد مرّ: أنّه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفقته في السفر من رأس المال إلّا إذا اشترط المالك كونها على نفسه، وعن بعضهم كونها على نفسه مطلقاً، والظاهر أنّ مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت مابين السفر والحضر، والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها[١]، من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك ممّا يصدق عليه النفقة، ففي صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» هذا، وأمّا في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً، إلّا إذا اشترط على المالك ذلك.

(**مسألة ١٥**): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأُجرة المسكن ونحو ذلك، وأمّا جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه إلّا إذا كانت التجارة موقوفة عليها[٢].

(**مسألة ١٦**): اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه. نعم لو قتّر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له.

(**مسألة ١٧**): المراد من السفر: العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة، كما أنّه إذا أقام في بلد عشرة أيّام أو أزيد كان نفقته من رأس المال؛ لأنّه في السفر عرفاً. نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرّج أو لتحصيل مال له أو لغيره ممّا ليس متعلّقاً بالتجارة فنفقته في تلك المدّة على نفسه، وإن كان مقامه لما يتعلّق بالتجارة ولأمر آخر، بحيث يكون كلّ منهما علّة مستقلّة لولا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر[٣] جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة، وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه[٤]:

---

١. إلّا فيما إذا اشترط المالك كونها على نفس العامل، كما صرّح باستثنائه في صدر المسألة. (**لنكراني**).

٢. أو كانت مصلحة التجارة تقتضيها. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بالأصل أو بالكمال. (**لنكراني**).

٣. الأحوط التوزيع، بل لا يخلو من وجه. (**خميني**).

ثالثها: التوزيع[٥]، وهو الأحوط[٦] في الجملة، وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العلّة مجموعهما بحيث يكون كلّ واحد جزء من الداعي فالظاهر التوزيع.

(**مسألة ١٨**): استحقاق النفقة مختصّ بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن، أو في غير الجهة المأذون فيه، أو مع التعدّي عمّا أذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

(**مسألة ١٩**): لو تعدّد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره توزّع النفقة[٧]. وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين؟ قولان[٨].

(**مسألة ٢٠**): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح، بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً. نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح[٩] ويعطى المالك تمام رأس ماله ثمّ يقسّم بينهما.

(**مسألة ٢١**): لو مرض في أثناء السفر، فإن كان لم يمنعه من شغله، فله أخذ النفقة، وإن منعه ليس له[١٠]. وعلى الأوّل لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

← ـ بل الظاهر توزيع النفقة من زمان العروض عليهما. (**لنكراني**).

٤. لا يبعد أن يكون الأخذ من مال التجارة هو الأظهر. (**خوئي**).

ـ أقواها كونها على مال التجارة. (**صانعي**).

٥. وهو الأوجه. (**خميني**).

٦. بل الظاهر كما مرّ. (**لنكراني**).

٧. بشرط كون كلٍّ علّة مستقلّة أو كانت العلّة هي المجموع. (**لنكراني**).

٨. الأحوط رعاية أقلّ الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه وغيره، والتخلّص بالتصالح إذا كان عاملاً لاثنين. (**خميني**).

ـ لا يبعد أن يكون القول الثاني هو الأظهر. (**خوئي**).

ـ لا يبعد الثاني. (**صانعي**).

٩. أي من جميع المال من الربح ورأس المال، كما وقع التعبير به في صحيح عليّ بن جعفر المتقدّم. (**لنكراني**).

١٠. على الأحوط فيهما. (**خميني**).

(**مسألة ٢٢**): لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفقة الرجوع على نفسه[١]، بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ، فإنّها من مال المضاربة.

(**مسألة ٢٣**): قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض[٢] والبضاعة، وأنّ في الأوّل[٣] الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي، كان مضاربة فاسدة[٤]، إلّا إذا علم أنّه قصد الإبضاع فيصير بضاعة، ولا

← ـ بل له أيضاً مثل ما لم يمنعه المرض من العمل. (**صانعي**).

ـ على الأحوط إلّا في المرض الذي كان السفر موجباً له، فإنّ له حينئذٍ أخذ النفقة التي منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض. (**لنكراني**).

١. وفيه أنّ الأمر كذلك في فرض الانفساخ وفيما إذا كان الفسخ من قبل العامل، وأمّا فيما إذا كان الفسخ من قبل المالك ففي كون نفقة الرجوع على نفسه لا يخلو عن إشكال قوي. (**خوئي**).

ـ بل على المالك مع جهله بالجواز في فسخ المالك أو الانفساخ القهري لعدم الإقدام منه على المجانية لنفي الضرر، وإقدامه على الضرر لجواز المعاملة موقوف على علمه بالجواز. (**صانعي**).

٢. لكن الفرق بين القرض وبينهما في الماهيّة لا في مجرّد كون الربح للعامل، بل كونه للعامل لأجل ذلك الفرق وهو التمليك بالضمان فيه. (**خميني**).

٣. ظاهر العبارة يعطي أنّ الفرق بين القرض وبينهما في الآثار فقط، مع أنّ الفرق بينهما بحسب الجوهر والماهية واختلاف الآثار ناشئ عن ذلك الفرق، ضرورة أنّ القرض مشتمل على التمليك دونهما. نعم، الفرق بين المضاربة والبضاعة إنّما هو في مجرّد كون الربح مشتركاً أو مختصّاً. (**لنكراني**).

٤. لا يجتمع قصد المضاربة بمعناها الاصطلاحي والربح بتمامه للمالك، فلابدّ من كون المقصود من المضاربة الكذائيّة البضاعة لا المضاربة الاصطلاحيّة، والبضاعة نوع من المضاربة وإن كانت قسيمة لها بمعناها الاصطلاحي. نعم مع الإنشاء الصوري بلا جدّ يمكن الجمع ويكون فاسداً لغواً، بل لا يصدق عليه مضاربة فاسدة أيضاً. (**خميني**).

ـ قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ اللازم في المثال الحمل على البضاعة؛ لأنّه مع التصريح بأنّ الربح له لا يبقى مجال لاحتمال المضاربة، فلابدّ من التصرّف في كلمتها. (**لنكراني**).

يستحقّ[١] العامل[٢] أُجرة إلّا مع الشرط أو القرائن الدالّة على عدم التبرّع، ومع الشكّ فيه وفي إرادة الأُجرة يستحقّ الأُجرة أيضاً[٣]، لقاعدة احترام عمل المسلم، وإذا قال: خذه قراضاً[٤] وتمام الربح لك، فكذلك مضاربة فاسدة[٥]، إلّا إذا علم أنّه أراد القرض، ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه واتّجر به والربح بتمامه لي، كان بضاعة إلّا مع العلم[٦] بإرادة

---

١. بل يستحقّ إلّا مع اشتراط عدمها أو تبرّع العامل. هذا بحسب الواقع، وأمّا بحسب الحكم الظاهري فيحكم بالاستحقاق إلّا إذا أُحرز الخلاف لاستصحاب عدم تبرّعه المنقّح لموضوع قاعدة الاحترام على إشكال فيه، وأمّا نفس القاعدة فلا تكفي، كما أنّ نفس الاستصحاب غير مفيدة، والمسألة مشكلة؛ للإشكال في مثل هذا الاستصحاب. (**خميني**).

ـ بل يستحقّ الأُجرة إلّا مع شرط العدم أو كون العامل متبرّعاً، وفي صورة الشكّ يستحقّ أيضاً لقاعدة الاحترام بضميمة أصالة عدم قصد التبرّع على إشكال فيها. (**لنكراني**).

٢. بل يستحقّ إلّا مع اشتراط عدمها أو تبرّع العامل. (**صانعي**).

٣. لا يبعد عدم الاستحقاق، لظهور الكلام في العمل مجاناً، وأمّا قاعدة الاحترام فهي بنفسها لا تفي بالضمان ولو علم أنّ العامل لم يقصد التبرّع بعمله. (**خوئي**).

٤. مرّ عدم إمكان الجمع بين المضاربة والبضاعة، فكذلك بل الأولى منه عدم إمكان الجمع بين القراض والقرض جدّاً، إلّا أن يريد القراض ويريد تمليكه الربح بعد ظهوره، وهو مع اجتماع شرائط القراض حتّى تعيين الحصّة صحيح قراضاً، وتمليك الحصّة قبل وجودها بلا أثر، أو يريد القرض بلفظ القراض ويكون قوله: والربح لك، قرينة عليه، ففي وقوعه قرضاً صحيحاً وجه غير خال عن التأمّل. (**خميني**).

٥. مع اختلاف القراض، والقرض بحسب الماهية كما عرفت لا دليل على الحمل على كونها مضاربة فاسدة، ضرورة أنّه إن كان المقصود تمليك العين فلابدّ من كونه قرضاً، وإلّا فلابدّ من الحمل على القراض، وتمليك تمام الربح بعد ظهوره فهي مضاربة صحيحة. غاية الأمر أنّه لا يترتّب على ذلك التمليك أثر أصلاً، فالأمر دائر بين القرض والقراض الصحيح، ولا يبعد دعوى أقوائيّة ظهور الذيل الموجب للحمل على القرض. (**لنكراني**).

٦. لا دخل للعلم والجهل في ذلك، وكذا في الفرع الآتي، إلّا أن يكون المقصود في مقام الظاهر

المضاربة، فتكون فاسدة، ولو قال: خذه واتّجر به والربح لك بتمامه، فهو قرض[١] إلّا مع العلم بإرادة المضاربة ففاسد، ومع الفساد في الصور المذكورة[٢] يكون تمام الربح للمالك وللعامل أُجرة عمله[٣] إلّا مع علمه[٤] بالفساد[٥].

(**مسألة ٢٤**): لو اختلف[٦] العامل والمالك في أنّها مضاربة فاسدة أو قرض[٧]، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة[٨]، ولم يكن هناك ظهور لفظيّ ولا قرينة معيّنة، فمقتضى القاعدة التحالف[٩]،

← والترافع، وهو تابع لظهور اللفظ، وفي ظهور قوله: خذه واتّجر به والربح لك بتمامه، في القرض تأمّل. نعم قوله: خذه واتّجر به والربح لي، ظاهر في البضاعة. (**خميني**).

١. بل الظاهر أنّه عقد مستقلّ فيكون مشمولاً لعمومات صحّة العقود والشروط. (**صانعي**).

٢. الظاهر أنّه أراد بها غير الصورة الأُولى حيث إنّه قد بيّن حكمها بتمام شقوقها. (**خوئي**).

٣. الظاهر ثبوته في فرض علمه أيضاً. (**خوئي**).

٤. لا دخل للعلم والجهل في استحقاق الأُجرة وعدمه. (**لنكراني**).

٥. مجرّد العلم بالفساد لا يوجب عدم استحقاق أُجرة المثل، كما مرّ في الإجارة تفصيله. (**خميني ـ صانعي**).

٦. الميزان في التحالف والحلف والإحلاف هو مصبّ الدعوى، ففيما فرضه يكون مقتضى القاعدة هو التحالف، وتختلف الآثار بحسب الموارد من كون العامل مدّعياً للقرض والمالك للمضاربة الفاسدة أو العكس، وكذا في الفرض الثاني، والتفصيل لا يسع المقام. (**خميني**).

٧. والاختلاف يكون بدعوى المالك المضاربة الفاسدة ودعوى العامل القرض وذلك في صورة حصول الربح فالعامل يدّعي القرض ليملك الربح والمالك يدّعي القراض الفاسد ليكون الربح له. (**صانعي**).

٨. هذا يكون مع الخسارة والتلف فالمالك يدّعي الفاسدة لتضمين العامل والعامل يدّعي البضاعة دفعاً للضمان. (**صانعي**).

٩. هذا إنّما يتمّ فيما إذا ادّعى المالك القرض وادّعى العامل المضاربة الفاسدة، وأمّا إذا انعكست الدعوى فالظاهر أنّ الحلف يتوجه إلى المالك لإنكاره القرض، وليس في دعواه المضاربة الفاسدة إلزام للعامل بشيء ليتوجّه الحلف إليه أيضاً، وإذا اختلفا في أنّها مضاربة فاسدة أو بضاعة فلا أثر له بناءً على استحقاق العامل أُجرة المثل في البضاعة، وذلك لاتفاقهما على كون ←

وقد يقال بتقديم قول من يدّعي الصحّة، وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحّة ما إذا علم أنّهما أوقعا معاملة معيّنة واختلفا في صحّتها وفسادها، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح، وعلى الأُخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنّهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلاً، وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف وأصالة الصحّة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة، أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة.

(**مسألة ٢٥**): إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا، صحّ، ولكلّ منهما النصف، وإذا قال: ونصف الربح لك، فكذلك، بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي، فإنّ الظاهر أنّ النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحّة في الأُولى؛ لأنّه صرّح فيها بكون النصف للعامل والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعيّة، بخلاف العبارة الثانية، فإنّ كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً على قاعدة التبعيّة، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وأنت خبير بأنّ المفهوم من العبارة

← الربح للمالك واستحقاق العامل أُجرة المثل على عمله. نعم بناءً على عدمه كما اخترناه يتوجّه الحلف إلى المالك لإنكاره المضاربة الفاسدة، وكيف كان فلا مجال للتحالف. (**خوئي**).

ـ مطلقاً إن كان المدار في تشخيص المدّعي والمنكر هي عبارة الدعوى ومصبّها كما هو الظاهر، وأمّا لو كان المدار هو الغرض المقصود والأثر المنظور فالظاهر اختلاف الموارد، فإن كان المالك مدّعياً للقرض في صورة الخسران، أو التلف لتضمين العامل ونفي استحقاقه الأُجرة، وادّعى العامل المضاربة الفاسدة لنفي الضمان وإثبات الأُجرة، فالظاهر ثبوت التحالف وبعده يحكم بالضمان والاستحقاق، وأمّا إذا انعكست الدعوى، بأن ادّعى المالك القراض الفاسد في صورة حصول الربح ليكون جميعه له، والعامل القرض كذلك فالظاهر أنّ الحلف يتوجّه على المالك لنفي القرض، ولا يترتّب على دعوى المالك أثر أصلاً، هذا في الفرض الأوّل. وأمّا في الفرض الثاني الذي يدور الأمر فيه بين المضاربة والبضاعة، فلا مجال فيه للتحالف على هذا المبنى أصلاً، لاتّفاقهما على ثبوت الربح للمالك واستحقاق العامل للأُجرة، فلا يترتّب على دعواهما أثر. (**لنكراني**).

عرفاً كون النصف الآخر للعامل.

(**مسألة ٢٦**): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال[١]: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، في الصحّة والاشتراك في الربح بالمناصفة، وربما يقال بالبطلان في الثاني بدعوى: أنّ مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، وقد يربح النصف فيختصّ به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصّة معلومة، وأيضاً قد لا يعامل إلّا في النصف. وفيه: أنّ المراد ربح نصف ما عومل به وربح، فلا إشكال.

(**مسألة ٢٧**): يجوز اتّحاد المالك وتعدّد العامل مع اتّحاد المال أو تميّز مال كلّ من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح، صحّ وكانا فيه سواء، ولو فضّل أحدهما على الآخر صحّ أيضاً وإن كانا في العمل سواء، فإنّ غايته اشتراط حصّة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه.

وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف، بأن يكون في حصّة أحدهما بالنصف، وفي حصّة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً.

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كلّ منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الإذن في الخلط، مع التساوي في حصّة العامل بينهما، أو الاختلاف، بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

(**مسألة ٢٨**): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً، واشترطا له نصف الربح، وتفاضلا في النصف الآخر، بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال

---

١. فيه تأمّل. (**لنكراني**).

أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه، فإن كان من قصدهما[١] كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنّه اشترط على العامل في العمل بماله أقلّ ممّا شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصّته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح[٢]؛ لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل، بل على الشريك الآخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصّتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما، فقد يقال فيه بالبطلان؛ لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة؛ لأنّ المفروض كون العامل غيرهما ولا يجوز ذلك في الشركة، والأقوى[٣] الصحّة[٤]؛ لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط[٥] ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنّه يمكن أن يدّعى الفرق[٦] بين الشركة

---

١. لا يكفي مجرّد القصد، بل لابدّ من إيقاع العقد بنحو يفيد ذلك. (**خميني**).

٢. بشرط وجود الدليل عليه، ولا يكفي مجرّد القصد والنية. (**لنكراني**).

٣. بل الأقوى البطلان هاهنا، والصحّة في الشركة مع الشرط. نعم لو أوقعا عقد الشركة واشترطا فيه ذلك ثمّ أوقعا المضاربة لا بأس به. (**خميني**).

٤. إذا وقع الشرط في الشركة العقديّة، وأمّا الاشتراط في ضمن عقد المضاربة مع كون أحد الطرفين هو العامل والآخر هو المالك، من دون أن يكون هناك شركة عقدية بين المالكين ابتداءً، أو كانت ولم يشترط فيها، فلا يكفي أصلاً. (**لنكراني**).

٥. فيه إشكال إذا كان الشرط من شرط النتيجة، ولا بأس به إذا كان من شرط الفعل، لكنّه خلاف المفروض في المقام. (**خوئي**).

٦. هذا الفرق مبتنٍ على ما تقدّم منه ﷺ من جواز اشتراط كون جزء من الربح للأجنبي، وقد تقدّم المنع عنه. (**خوئي**).

ـ ولكن هذا الفرق يقتضي البطلان هنا لا العكس، كما عرفت. (**لنكراني**).

والمضاربة وإن كانت متضمّنة للشركة.

(**مسألة ٢٩**): تبطل المضاربة[١] بموت كلّ من العامل والمالك، أمّا الأوّل فلاختصاص الإذن به، وأمّا الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقداً صحّ، وإن كان عروضاً[٢] فلا[٣]؛ لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين[٤]، وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز[٥]؛ لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، ليكون واقعاً على ماله أو متعلّق حقّه، وهذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدّة حياته فإنّ البطن اللاحق يجوز له الإجازة؛ لأنّ له حقّاً بحسب جعل الواقف، وأمّا في المقام فليس للوارث حقّ حال حياة المورّث أصلاً، وإنّما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما

---

١. فيما كانت جائزة، دون ما كانت لازمة كالمؤجّلة؛ قضاءً للشرط. (**صانعي**).

٢. مرّ الكلام فيه سابقاً. (**صانعي**).

٣. قد مرّ الكلام فيه في أوائل كتاب المضاربة. (**لنكراني**).

٤. مرّ الكلام فيه سابقاً. (**خميني**).

ـ مرّ أنّ جواز المضاربة على غير النقدين من الأوراق النقدية ونحوها هو الأظهر. (**خوئي**).

٥. وهو الأقوى، وما ذكره من الوجه للصحّة غير وجيه. (**خميني**).

ـ ويمكن أن يقال بالصحّة بل غير بعيد لأنّ اعتبار الإجازة وشرطيتها انّما يكون لحصول الرضا المعتبر من المالك أو ممن له الحقّ ليصير التجارة تجارة عن تراض ويخرج الأكل بالعقد الفضولي عن كونه أكلاً للمال بالباطل فيكفي في صحّتها العقد ولو بقاءً ولا دليل على وجود العلقة للمجيز بالمال حال العقد فعليه، العقد الواقع من الميّت يكون باقياً عند العقلاء الآن، لتعلّقه بالمال من دون اشتراط وخصوصية للمالك، لكن لما صار المالك غيره فيعتبر إجازته ليصير العقد عقداً لمن بيده الأمر وتكون التجارة ـ بالمعنى العام الشامل للمضاربة ـ تجارة عن تراضٍ وأكل المال بامثال تلك المضاربة أكلاً بالحقّ لا بالباطل ولعلّ ذلك مراد المتن في تصحيحها بقوله: لكن يمكن أن يقال: يكفي ... إلى آخره وإلّا فمحض ما ذكره خالٍ عن الدليل والوجه وليس بأزيد من الإدعاء. (**صانعي**).

زاد من الثلث في الوصيّة، وفي المنجّز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإنّ له حقّاً فيما زاد، فلذا يصحّ إجازته، ونظير المقام إجارة الشخص ماله مدّة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنّه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال[1]: يكفي في صحّة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقة به حال العقد، فكونه سيصير له كافٍ، ومرجع إجازته حينئذٍ إلى إبقاء ما فعله المورّث لا قبوله ولا تنفيذه، فإنّ الإجازة أقسام قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً وقد تكون راجعاً إلى إسقاط الحقّ، كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام.

(**مسألة ٣٠**): لا يجوز للعامل أن يوكّل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجيراً إلّا بإذن المالك. نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستئجار في بعض المقدّمات[2] على ما هو المتعارف، وأمّا الإيكال إلى الغير وكالة أو استئجاراً في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن[3] المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنّه لا يجوز له أن يضارب غيره إلّا بإذن المالك.

(**مسألة ٣١**): إذا أذن في مضاربة الغير فإمّا أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصّة، وإمّا بجعله عاملاً لنفسه، أمّا الأوّل فلا مانع منه، وتنفسخ[4] مضاربة نفسه على الأقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى[5]، ويكون الربح

---

١. إلّا أنّه لا دليل عليه، بل الدليل قائم على عدمه. (**خوئي**).
ـ ثبوتاً لا إثباتاً، ضرورة عدم الدليل عليه. (**لنكراني**).
٢. وفي إيقاع بعض المعاملات المتعارف إيكالها إلى الدلّال. (**خميني ـ صانعي**).
٣. أو التعارف. (**لنكراني**).
٤. إذا أحرز أنّ مقصود المالك كون العامل له واحداً منهما فقط، وبدونه لا وجه للانفساخ لعدم المنافاة، كوكالة اثنين في بيع مال شخص واحد. (**لنكراني**).
٥. لا أرى فيه شيئاً بعدما كانت المضاربة من العقود الإذنية، وعليه فلكلّ من العاملين أن يتّجر بالمال، والربح يكون مشتركاً بين العامل والمالك. (**خوئي**).

مشتركاً بين المالك والعامل الثاني، وليس للأوّل شيء إلّا إذا كان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحقّ حصّته من ذلك، وليس له أن يشترط[١] على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية، بل لو جعل الحصّة للعامل في المضاربة الثانية أقلّ ممّا اشترط له في الأُولى، كأن يكون في الأُولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحقّ تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له بدعوى: أنّ هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثمّ جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصّة من الربح له، وفيه: أنّه وكالة لا مضاربة، والثاني أيضاً[٢] لا مانع منه[٣]، وتكون الحصّة المجعولة له في المضاربة الأُولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما، وأمّا الثالث فلا يصحّ[٤] من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني ومعه يرجع إلى التشريك.

(**مسألة ٣٢**): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك، كان الحكم كما في الإذن السابق في الصور المتقدّمة، فيلحق كلّاً حكمه، وإن لم يجز بطلت المضاربة الثانية، وحينئذٍ فإن كان العامل الثاني عمل وحصل الربح فما قرّر للمالك في المضاربة الأُولى فله، وأمّا ما قرّر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأوّل، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه وأقوال، أقواها الأوّل؛ لأنّ المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحقّ العامل الثاني شيئاً، وأنّ العامل الأوّل لم يعمل حتّى يستحقّ، فيكون تمام الربح للمالك إذا

---

١. لا مانع منه بناءً على ما تقدّم منه ﷺ من عدم استبعاد جواز جعل جزء من الربح للأجنبي. (**خوئي**).

٢. لكنّه أيضاً يرجع إلى التوكيل في فسخ المضاربة الأُولى، وإنشاء مضاربة جديدة يكون العامل فيها متعدّداً. (**لنكراني**).

٣. بجعل مضاربة جديدة مشتركة بعد فسخ الأُولى. (**خميني ـ صانعي**).

٤. أي بعنوان المضاربة. (**لنكراني**).

أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، ويستحقّ العامل الثاني أُجرة عمله مع جهله[١] بالبطلان[٢] على العامل الأوّل؛ لأنّه مغرور من قبله، وقيل: يستحقّ على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل.

هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً للمالك، وأمّا إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأوّل فيمكن أن يقال: إنّ الربح للعامل الأوّل، بل هو مختار المحقّق في «الشرائع»، وذلك بدعوى: أنّ المضاربة الأُولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أنّ العامل قصد العمل للعامل الأوّل فيكون كأنّه هو العامل فيستحقّ الربح، وعليه أُجرة عمل العامل إذا كان جاهلاً[٣] بالبطلان، وبطلان المعاملة لا يضرّ بالإذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأُولى، وأمّا مع اعتبارها فلا يتمّ[٤] ويتعيّن[٥] كون تمام الربح للمالك[٦] إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية.

---

١. قد مرّ الكلام على التفصيل بين صورتي العلم والجهل. (**لنكراني**).

٢. مرّ الكلام في أمثاله والتفصيل في باب الإجارة الفاسدة. (**خميني ـ صانعي**).

٣. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

٤. إذا كان الاعتبار بنحو القيديّة، وأمّا إذا كان بنحو الاشتراط فمع تخلّفه ـ أيضاً ـ يمكن الإتمام، وللمالك خيار التخلّف، ويأتي في المسألة الآتية ثمر الخيار. (**خميني**).

ـ تماميته مع اعتبار المباشرة أيضاً، غير بعيدة، إذ غاية الأمر، التخلّف عن الشرط والمستفاد من أخبار المضاربة كون التخلّف عن الشرط موجباً للضمان لا لحرمانه من الحصة وقد مرّ ذلك من المتن. (**صانعي**).

٥. من دون فرق بين أن تكون المباشرة معتبرة بنحو التقييد أو مأخوذة بنحو الاشتراط. أمّا في الأوّل فواضح، وأمّا في الثاني، فلأنّ مقتضى القاعدة في مورد التخلّف على تقدير الفسخ كون الربح للمالك، والأخبار التي أُشير إليها في المسألة الخامسة الدالّة على الاشتراك في مورد تخلّف الشرط لا يعلم شمولها للمقام. (**لنكراني**).

٦. وأمّا الأخبار الدالّة على أنّ الربح يشترك فيه العامل والمالك عند مخالفة الشرط أيضاً فهي غير

(**مسألة ٣٣**): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً، أو يعطيه درهماً، أو نحو ذلك، أو بالعكس فالظاهر صحّته، وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعة أو نحو ذلك، ودعوى: أنّ القدر المتيقّن ما إذا لم يكن من المالك إلّا رأس المال، ومن العامل إلّا التجارة، مدفوعة، بأنّ ذلك من حيث متعلّق العقد، فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجي في ضمنه، ويكفي في صحّته عموم أدلّة الشروط، وعن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، وبطلانهما في قوله الآخر، قال: لأنّ العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً، ثمّ قال: وإن قلنا: إنّ القراض صحيح والشرط جائز لكنّه لا يلزم الوفاء به؛ لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قويّاً، وحاصل كلامه في وجه بطلانهما أنّ الشرط المفروض منافٍ لمقتضى العقد فيكون باطلاً، وببطلانه يبطل العقد؛ لاستلزامه جهالة حصّة العامل من حيث إنّ للشرط قسطاً من الربح، وببطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار، وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد فإنّ مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض، هذا مع أنّ ما ذكره من لزوم جهالة حصّة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد، وإنّما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصّة حتّى تصير مجهولة وأمّا ما ذكره في قوله: وإن قلنا... الخ، فلعلّ غرضه أنّه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنّه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الصحّة، وفيه: أنّه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث إنّه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله، هذا وقد يقرّر في وجه بطلان الشرط المذكور: أنّ هذا الشرط لا أثر له أصلاً؛ لأنّه ليس بلازم الوفاء،

← شاملة للمقام، كما يظهر بالتأمّل. (**خوئي**).

حيث إنّه في العقد الجائز ولا يلزم من تخلّفه أثر التسلّط على الفسخ، حيث إنّه يجوز فسخه، ولو مع عدم التخلّف، وفيه أوّلاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية[١] ولم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتّى يسقط وجوب العمل به، وثانياً: لانسلّم أنّ تخلّفه لا يؤثّر في التسلّط على الفسخ، إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنّما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلّف الشرط[٢] فإنّه يوجب فسخ المعاملة من الأصل[٣]، فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأوّل اقتضى حصوله من حينه. فالعامل يستحقّ ذلك الربح بمقدار حصّته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك، ويستحقّ العامل أُجرة المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح[٤]، وقد تكون أقلّ فيتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لأجل تخلّف الشرط.

(**مسألة ٣٤**): يملك العامل حصّته من الربح بمجرّد ظهوره من غير توقّف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلاً ولا كشفاً على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه؛ لأنّه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما ولأنّه مملوك، وليس للمالك، فيكون للعامل،

---

١. بل لزوم العمل به مطلقاً ولو بعد العقد غير بعيد، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» إلّا أن يقال بعدم بقاء الالتزام في الالتزام بعد فسخ العقد، وفيه أنّه يكفي في لزوم العمل صدق الشرط ابتداءً وحدوثاً فبمحض حدوثه، يجب الوفاء دائماً، قضاءً لإطلاق المؤمنون، إن لم نقل بظهوره. (**صانعي**).

٢. ولعلّ وجه الفرق أنّ تخلّف الشرط يرجع إلى عدم تحقّق المقصود الذي وقع العقد عليه، فالفسخ الآتي من قبله يوجب انحلاله من رأس، وأمّا الفسخ الآتي من ناحية جواز العقد فهو يؤثّر من زمان وقوعه؛ لعدم رجوعه إلى خلل في العقد من جهة عدم تحقّق المقصود. (**لنكراني**).

٣. والفرق بينهما هو أنّ الجواز الآتي من قبل تخلّف الشرط جواز وضعي، والجواز في العقد الجائز جواز حكمي. (**خوئي**).

٤. إذا كان تخلّف الشرط من قبل العامل فهو وإن كان يستحقّ أُجرة المثل إلّا أنّه لابدّ أن لا يكون أزيد من الربح، وإلّا فلا يستحقّ الزائد. (**خوئي**).

وللصحيح: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل، إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته لم ينعتق أبوه.

نعم عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر القائل ولعلّها من العامّة:

أحدها: ما ذكرنا.

الثاني: أنّه يملك بالإنضاض؛ لأنّه قبله ليس موجوداً خارجيّاً، بل هو مقدّر موهوم.

الثالث: أنّه يملك بالقسمة؛ لأنّه لو ملك قبله لاختصّ بربحه، ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: أنّ القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لأنّها توجب استقراره، والأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا، ودعوى: أنّه ليس موجوداً، كماترى، وكون القيمة أمراً وهميّاً ممنوع، مع أنّا نقول: إنّه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة، ولذا يصحّ له مطالبة القسمة، مع أنّ المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجيّاً، فإنّ الدين مملوك، مع أنّه ليس في الخارج، ومن الغريب إصرار صاحب «الجواهر» على الإشكال في ملكيّته بدعوى: أنّه حقيقة ما زاد على عين الأصل، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمّة ولا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح. نعم لا بأس أن يقال: إنّه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أنّ له الإنضاض فيملك، وأغرب منه أنّه قال: بل لعلّ الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبنيّ على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أنّ لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتّى مقدار الربح مع أنّه ادّعى الاتّفاق على عدم كون مقدار حصّة العامل من الربح

للمالك، فلا ينبغي التأمّل في أنّ الأقوى ما هو المشهور[١]. نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكيّة العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيّته من الأوّل، وعلى ما ذكرنا يترتّب عليه جميع آثار الملكيّة من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضا المالك ومن صحّة تصرّفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما، ومن الإرث وتعلّق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحجّ وتعلّق حقّ الغرماء به، ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك.

(**مسألة ٣٥**): الربح وقاية لرأس المال، فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقرّ ملكيّته، والاستقرار يحصل بعد الإنضاض والفسخ والقسمة، فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كلّ على صاحبه، ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ، بل ولا قسمة[٢] الكلّ[٣] كذلك[٤]، ولا بالفسخ[٥] مع

---

١. إن كان مراد المشهور من ملكية العامل حصّته من الربح بمجرّد ظهوره صيرورته شريكاً في العين الموجودة بالنسبة، كما أيّده الماتن بصحّة مطالبة القسمة. وإن كان في التأييد نظر، فهو وإن كان أمراً متصوّراً معقولاً، إلّا أنّه لا دليل على تحقّق الشركة في نفس العين في باب المضاربة. وإن كان مرادهم حصول الملكية للعامل بمجرّد ظهور الربح لابمعنى الشركة في العين، بل بمعنى الشركة في الربح، فيرد عليهم ما أورده صاحب الجواهر، والنقض عليه بمثل الدين المملوك واضح الفساد، والآثار التي يرتّبها الماتن على مختاره إنّما يترتّب على فرض الشركة في العين الموجودة، وإن كان ترتّب بعضها كالإرث لا يختصّ بهذا المبنى؛ لعدم اختصاص الموروث بالمال. (**لنكراني**).

٢. إلّا إذا كانت فيها دلالة عرفية على الفسخ، فإنّها حينئذٍ فسخ فعليّ. (**لنكراني**).

٣. قسمة الكلّ لا تنفكّ عن الفسخ. (**صانعي**).

٤. الظاهر أنّها فسخ فعلي، فلا يكون التلف بعدها محسوباً من الربح. (**خوئي**).

٥. لا يبعد الاستقرار بالفسخ فقط أو بتمام أمد المضاربة لو كان لها أمد، والظاهر حصول الفسخ بقسمة الكلّ. (**خميني**).

ـ الظاهر حصول الاستقرار بالفسخ فقط كما هو مقتضى القواعد. (**لنكراني**).

عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمّم رأس المال بالربح. نعم لو حصل الفسخ ولم يحصل الإنضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقرّ الملكيّة أم لا؟ إن قلنا بوجوب[١] الإنضاض[٢] على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان[٣]، أقواهما الاستقرار.

والحاصل: أنّ اللازم أوّلاً دفع مقدار رأس المال للمالك ثمّ يقسّم مازاد عنه بينهما على حسب حصّتهما فكلّ خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، وتماميّتها بما ذكرنا[٤] من الفسخ والقسمة.

(**مسألة ٣٦**): إذا ظهر الربح ونضّ تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر[٥] عليها[٦] لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به، قيل: وإن لم يرض العامل فكذلك أيضاً؛ لأنّه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما أخذه، ولعلّه لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه[٧]، وفيه:

---

١. وجوب الإنضاض على تقديره لا ينافي الاستقرار. (**لنكراني**).

٢. الظاهر، الاستقرار ولو مع القول بوجوبه، لعدم كونه مانعاً عن الاستقرار بالقسمة، فإنّه ليس بأزيد من تكليف محض، هذا مع ما قيل، كأنّه لا قائل بوجوب الانضاض بعد القسمة. نعم قال به جماعة، بعد الفسخ وقبل الانضاض. (**صانعي**).

٣. الظاهر أنّه لا إشكال في عدم وجوبه مع فرض رضا المالك بالقسمة قبله كما هو المفروض. (**خوئي**).

٤. بل لا يبعد أن يكون بما ذكرنا آنفاً. (**خميني**).

ـ بل كما عرفت بالفسخ أو القسمة إذا كانت فيها دلالة عرفية على الفسخ. (**لنكراني**).

٥. فيه إشكال والتعليل عليل، وكذا الحكم بإجبار العامل معلّلاً بما أفاده. (**لنكراني**).

٦. فيه تأمّل وإشكال، إلّا أن يكون بناء المضاربة مع بقائها على عدم القسمة قبل الفسخ ولازمه عدم إجبار العامل أيضاً، والتعليل الذي ذكره لعدم إجبارهما ليس بوجيه. (**خميني**).

٧. بل الإجبار خلاف سلطنته على نفسه، فالظاهر عدم الفرق في عدم الإجبار بين المالك

أنّ هذا لا يعدّ ضرراً، فالأقوى أنّه يجبر إذا طلب المالك، وكيف كان إذا اقتسماه ثمّ حصل الخسران، فإن حصل بعده ربح يجبره فهو، وإلّا ردّ العامل أقلّ الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح؛ لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فليس عليه إلّا جبره والزائد له، وإن كان هو الربح فليس عليه إلّا مقدار ما أخذ، ويظهر من الشهيد أنّ قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث إنّه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذاً له فقط، حيث قال على ما نقل عنه: إنّ المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين، فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة أسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر ومن ثمانية وثلث، وفيه: مضافاً إلى أنّه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح، وأنّ عليه غرامة ما أخذه منه، أنظار أُخر:

منها: أنّ المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب ردّه لا يتوقّف على حصول الخسران بعد ذلك.

ومنها: أنّه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة.

ومنها: أنّ المفروض أنّهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنّه ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال، ودعوى: أنّه لا يتعيّن؛ لكونه من الربح بمجرّد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال، مدفوعة، بأنّ المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصّة من الربح للمالك، ومقدار حصّة الربح المشروط للعامل له، فلا

← والعامل. (**صانعي**).

وجه لعدم التعيّن بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

(**مسألة ٣٧**): إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره صحّ[١] مع تحقّق الشرائط، من معلوميّة المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع[٢]، بل يكون بمنزلة التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران.

(**مسألة ٣٨**): لا إشكال في أنّ الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً ما دامت المضاربة باقية ولم يتمّ عملها[٣]. نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه[٤]، وأنّ مقدار الربح من المقسوم تستقرّ ملكيّته، وأمّا التلف فإمّا أن يكون بعد الدوران في التجارة، أو بعد الشروع فيها، أو قبله، ثمّ إمّا أن يكون التالف البعض أو الكلّ، وأيضاً إمّا أن يكون بآفة من الله سماويّة أو أرضيّة، أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان، فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح، ولو كان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض أو الكلّ، كان التلف بآفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي، ودعوى: أنّ مع الضمان كأنّه لم يتلف؛ لأنّه في ذمّة الضامن، كما ترى. نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال، بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة وإن كان التالف الكلّ، كما إذا اشترى في الذمّة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأدّاه المالك[٥]، أو باع العامل المبيع وربح فأدّى، كما أنّ الأقوى في

---

١. في الحكم بالصحّة تأمّل وإشكال كما عرفت، وعلى تقديره لا يبعد كشف الخسران عن البطلان. (**لنكراني**).

٢. محلّ تأمّل، ويحتمل صحّته ومالكيّة المشتري ملكيّة متزلزلة كمالكيّة البائع، فينفسخ مع ظهور الخسران وعدم الجبران من مال آخر على إشكال. (**خميني**).

٣. ولم تفسخ. (**لنكراني**).

٤. وما ذكره تمام في قسمة الكلّ؛ لما عرفت من عدم انفكاكها عن الفسخ فعلاً وامارة، وبهما تستقرّ ملكيّة العامل. (**صانعي**).

٥. بقصد الأخذ بعد استرباح المبيع. (**خميني**).

تلف البعض الجبر وإن كان قبل الشروع أيضاً، كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر، وأمّا تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنّه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال التجارة حتّى يجبر أو لا يجبر. نعم إذا أتلفه أجنبي[1] وأدّى عوضه تكون المضاربة باقية، وكذا إذا أتلفه العامل.

(**مسألة ٣٩**): العامل أمين فلا يضمن إلّا بالخيانة، كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدّى الثمن من ذلك أو وطئ الجارية المشتراة أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدّي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم إذنه في السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به، فإنّه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماويّة وإن بقيت المضاربة كما مرّ، والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً، وإذا رجع عن تعدّيه أو خيانته فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان[2]، مقتضى الاستصحاب بقاؤه، كما ذكروا في باب الوديعة: أنّه لو أخرجها الودعيّ عن الحرز بقي الضمان وإن ردّها بعد ذلك إليه، ولكن لا يخلو عن إشكال؛ لأنّ المفروض بقاء الإذن وارتفاع سبب الضمان، ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان ولم يبع ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك، وهل يضمن بنيّة الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان[3]، من عدم كون مجرّد النيّة خيانة، ومن صيرورة يده حال النيّة بمنزلة يد الغاصب، ويمكن الفرق بين العزم عليها

← ـ تحقّق الجبران في هذه الصورة محلّ إشكال. (**لنكراني**).

١. وأمكن تضمينه والوصول منه، وكذا مع إتلاف العامل أمكنه تأدية العوض. (**خميني ـ صانعي**).

٢. أوجههما الضمان، لأنّ ارتفاع سبب الضمان غير معلوم. (**خميني**).

ـ والأقرب البقاء. (**لنكراني**).

٣. أوجههما عدم الضمان؛ لأنّ صيرورة اليد بمجرّد النيّة بمنزلة يد الغاصب غير معلوم، وأمّا الفرق الذي في المتن فغير وجيه. (**خميني**).

ـ لا يبعد أن يكون الوجه الأوّل أقرب. (**خوئي**).

ـ أقربهما العدم. (**صانعي**).

ـ والأقرب العدم مطلقاً، والفرق بين الموردين غير تامّ. (**لنكراني**).

فعلاً وبين العزم على أن يخون بعد ذلك.

(**مسألة ٤٠**): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة؛ لأنّه ماله. نعم إذا ظهر الربح يجوز[١] له أن يشتري حصّة العامل منه مع معلوميّة قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فإنّه بمنزلة التلف، ويجب على العامل ردّ قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك، وأمّا العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح، بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصّته من المبيع؛ لأنّه ماله. نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء يمكن الإشكال فيه، حيث إنّ بعض الثمن حينئذٍ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً[٢]، فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه، ويمكن دفعه[٣] بأنّ كونه ربحاً متأخّر عن صيرورته للبائع، فيصير أوّلاً

---

١. بناءً على صحّة بيع العامل حصّته، وعلى تقديرها فقد عرفت انكشاف البطلان بحصول الخسران. (**لنكراني**).

٢. أي بالإضافة إلى مال المضاربة، وإن كان خسراناً بالإضافة إلى نفس المعاملة؛ لأنّ المفروض أنّه اشتراه بأزيد من قيمته الواقعية، لكن المناط هو الأوّل. (**لنكراني**).

٣. الإشكال والجواب كأنّهما مبنيان على أنّ اعتبار المضاربة هو كون الربح لمال المالك وبعد الاسترباح تنتقل حصّة منه من ملك مالك رأس المال إلى العامل بحسب اقتضاء المضاربة، وأمّا إذا كان الاعتبار فيها هو كون المال للمالك والعمل للعامل وكأنّهما شريكان في رأس المال والعمل والربح حاصل لهما باعتبارهما وبجلبهما فتكون حصّة من الربح منتقلة إلى صاحب المال وحصّة منه إلى صاحب العمل ابتداء فلاوقع للإشكال والجواب ولا يكون ذلك مخالفاً للقاعدة عند العقلاء. نعم يبطل ذاك الشراء المفروض بالنسبة إلى حصّة العامل باعتبار كون العوض والمعوّض لشخص واحد، فإذا اشترى ما تكون قيمته مائة بمائتين وكانت المضاربة على النصف تبطل بالنسبة إلى خمسين وبقي المال مائة وخمسين للمالك لرأس المال، وممّا ذكرنا يظهر النظر فيما يأتي من الماتن، وفي دخول تلك الزيادة في مال المضاربة تأمّل ونظر. (**خميني**).

ـ لكنّه ﷺ صرّح في (المسألة ٤٤) الآتية بأقوائية القول بأنّ العامل يملك الربح أوّلاً بلا توسّط ملكية ←

للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً، وبعد أن تمّت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل على حسب قرار المضاربة، فملكيّة البائع متقدّمة طبعاً، وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فإنّ المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنّه من الأوّل يصير ملكاً للمالك، ثمّ يصير بمقدار حصّة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة، لكن هذا على ما هو المشهور[1] من أنّ مقتضى المعاوضة دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض وأنّه لا يعقل غيره، وأمّا على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوّض لشخص، والعوض داخلاً في ملك غيره، وأنّه لا ينافي حقيقة المعاوضة، فيمكن أن يقال: من الأوّل يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة فلا يكون هذه الصورة مثالاً للمقام ونظيراً له.

(**مسألة ٤١**): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي فاشترى العامل حصّة الأجنبي بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة؛ لأنّ الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصّة بالشفعة منه، وأمّا إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى العامل حصّة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة؛ لأنّ الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

(**مسألة ٤٢**): لا إشكال في عدم جواز وطء العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده؛ لأنّها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك، فإن فعل كان زانياً يحدّ مع عدم الشبهة كاملاً إن كان قبل

← المالك بالجعل الأوّلي حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة، ولعلّ الاعتبار في باب المضاربة يساعد على هذا المبنى، وعليه فلا يبقى موقع للإشكال والجواب أصلاً. نعم، يبقى الإشكال من بعض الوجوه الأُخر. (**لنكراني**).

١. وهو صحيح. (**خوئي**).

حصول الربح، وبقدر نصيب المالك إن كان بعده، كما لا إشكال في جواز وطئها إذا أذن[١] له[٢] المالك بعد الشراء وكان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده[٣] على الأقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطء الجارية المشتركة بينهما، وهل يجوز له وطؤها بالإذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا؟ المشهور على عدم الجواز؛ لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، والأقوى كما[٤] عن الشيخ في «النهاية» الجواز[٥]؛ لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة، ولا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاماً ثمّ كل منه، هذا مضافاً إلى خبر الكاهلي[٦] عن أبي الحسن عليه السلام قلت: رجل سألني أن أسألك أنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنّما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه، وإن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السلام: «نعم»، ولا يضرّ ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك؛ لأنّ الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الإذن السابق وعدمه، وأمّا وطء المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح، بل مع الشك، فيه؛ لأصالة عدمه، وأمّا بعده فيتوقّف على إذن العامل[٧]، فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

(**مسألة ٤٣**): لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها، فإن كان

---

١. إذناً مسوّغاً، بأن كان بنحو التحليل بشرائطه. (**لنكراني**).

٢. أي حلّلها له بشرائطه. (**خميني**).

٣. محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

٤. محلّ إشكال لا يترك الاحتياط. (**خميني**).

٥. محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٦. هذا هو العمدة، وإلّا فللمناقشة فيما ذكره مجال. (**خوئي**).

٧. أي تحليله. (**خميني**).

ـ بالنحو الذي تقدّم، وقد عرفت أنّ الجواز محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

بإذنها[١] فلا إشكال في صحّته وبطلان نكاحها، ولا ضمان عليه وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها[٢] ونفقتها، وإلّا ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقاً؛ للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها، والصحّة كذلك؛ لأنّه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها، والصحّة إذا أجازت بعد ذلك، وهذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الإذن السابق والإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأوّل، مع أنّ قائله غير معلوم، ولعلّه من يقول بعدم صحّة الفضولي إلّا فيما ورد دليل خاصّ، مع أنّ الاستلزام المذكور ممنوع؛ لأنّها لا يستحقّ النفقة إلّا تدريجاً، فليست هي مالاً لها فوّته عليها وإلّا لزم غرامتها على من قتل الزوج، وأمّا المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، وإن كان قبله فيمكن أن يدّعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل، وإنّما يسقط[٣] بالطلاق فقط[٤]، مع أنّ المهر[٥] كان[٦] لسيّدها[٧] لا لها[٨]، وكذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث الاستلزام الضرر المذكور، بل لأنّها تريد زوجها لأغراض أُخر، والإذن الذي تضمّنه العقد منصرف[٩] عن مثل هذا، وممّا ذكرنا ظهر حال ما إذا

---

١. أي بالإذن الخاصّ. (**لنكراني**).

٢. إنّ الشراء إن كان بعد الدخول فلا إشكال في عدم سقوط المهر، وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه كلام يأتي في المسألة السابعة من نكاح الإماء، ولعلّ الماتنﷺ أراد هذه الصورة. (**خوئي**).

٣. أي نصفه، ومع ذلك فالتخصيص بالطلاق محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٤. فيه منع. (**خميني**).

٥. هذا خلاف مفروض المسألة. (**خميني**).

٦. هذا خلاف ما هو المفروض من حرّية الزوجة ومملوكيّة زوجها فقط. (**لنكراني**).

٧. في العبارة سهو واضح، حيث إنّ المفروض مملوكية الزوج لا الزوجة. (**صانعي**).

٨. مفروض المسألة رقية الزوج دون المرأة وعليه فلا موقع لهذا الكلام. (**خوئي**).

٩. ولولا الانصراف لأمكن المناقشة فيما ذكر بأنّ المصلحة والضرر في باب المضاربة لابدّ وأن

اشترى العامل زوجة المالك، فإنّه صحيح مع الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة، ولا يكفيه الإذن الضمني في العقد؛ للانصراف.

(**مسألة ٤٤**): إذا اشترى العامل من ينعتق على المالك، فإمّا أن يكون بإذنه أو لا، فعلى الأوّل ولم يكن فيه ربح صحّ وانعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة إليه؛ لأنّه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوآنها، حيث إنّها مبنيّة على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحّة الشراء من حيث الإذن من المالك، لامن حيث المضاربة[1]. وحينئذٍ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه، وإلّا بطلت من الأصل، وللعامل أُجرة عمله إذا لم يقصد التبرّع، وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحّته، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصّته من العبد، أو يستحقّ عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة واستحقاق العامل أُجرة المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة؛ للفرق بينه وبين صورة عدم الربح، بل لأنّه فرع ملكيّة المالك[2] المفروض عدمها، ودعوى: أنّه لابدّ أن يقال: إنّه يملكه آناً مّا ثمّ ينعتق أو تقدّر ملكيّته حفظاً لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، وأيّ منهما كان يكفي في ملكيّة الربح، مدفوعة، بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرّع على ملكيّة المالك، فإنّ لها أثرين في عرض واحد: ملكيّة العامل للربح والانعتاق، ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكيّة نفس العبد، ولم يفوّت المالك عليه أيضاً شيئاً، بل فعل ما يمنع عن ملكيّته، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ التفويت من الشارع لا منه، لكن الإنصاف أنّ المسألة مشكلة بناءً على لزوم تقدّم ملكيّة المالك وصيرورته للعامل بعده، إذ تقدّم الانعتاق على ملكيّة العامل عند المعارضة في محلّ المنع[3]. نعم لو قلنا: إنّ العامل

← يلحظا بالإضافة إلى نفس التجارة والمعاملة لا بالإضافة إلى الأُمور الخارجة عنها. (**لنكراني**).

١. إلّا إذا كان الشراء بتخيّل وجود الربح ثمّ انكشف الخلاف، وفي هذه الصورة لا يستحقّ أُجرة العمل أصلاً. (**لنكراني**).

٢. بل لأنّ هذه المعاملة لم يربح المالك فيها لتكون حصّة منه للعامل. (**خوئي**).

٣. لا وجه للمنع بعد كون ملكية العامل مترتّبة على ربح المالك في المعاملة. (**خوئي**).

يملك الربح أوّلاً بلا توسّط ملكيّة المالك بالجعل الأوّلي حين العقد، وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة؛ لكون العوض من مال المالك والمعوّض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الأقوى[١]، لا يبقى إشكال، فيمكن أن يقال بصحّته مضاربة، وملكيّة العامل حصّته من نفس العبد على القول بعدم السراية، وملكيّته عوضها إن قلنا بها، وعلى الثاني أي إذا كان من غير إذن المالك فإن أجاز فكما في صورة الإذن، وإن لم يجز بطل الشراء، ودعوى البطلان ولو مع الإجازة؛ لأنّه تصرّف منهيّ عنه، كماترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لأمر خارج فلا مانع من صحّتها مع الإجازة، ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنّه ممّن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلاً، والقول بالصحّة مع الجهل؛ لأنّ بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال، ضعيف، والفرق بين المقامين واضح[٢]، ثمّ لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمّة بقصد الأداء منه وإن لم يذكره لفظاً. نعم لو تنازع هو والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدّم قول البائع[٣]، ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه التخلّص منه، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً[٤] كان له ظاهراً وواقعاً.

(**مسألة ٤٥**): إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صحّ الشراء وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة[٥] وإن كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فإنّها موضوعة كما مرّ

---

١. وقد مرّ في بعض الحواشي السابقة أنّ ذلك موافق لاعتبار المضاربة. (**خميني**).
ـ تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (**خوئي**).

٢. أمّا أوّلاً؛ فلأنّ الظاهر في الأشياء وإن كان هو الصحّة، وإمكان إحرازها بأمارة أو بأصالة الصحّة، ويكون متعارفاً في التجارات، فيشملها إذن المالك المضارب، لكن ليس الظاهر في المماليك أنّه ممن لا ينعتق على المالك المضارب، وثانياً؛ إنّ في المعيب لا يردّ خسارة على المالك، لأجل خيار العيب بخلاف المقام. (**صانعي**).

٣. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

٤. ولو ارتكازاً وانصرافاً. (**خميني**).

٥. في كون البطلان مطلقاً مقتضى القاعدة تأمّل. (**لنكراني**).

للاسترباح بالتقليب في التجارة، والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك إلّا أنّ المشهور بل ادّعي عليه الإجماع صحّته، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممّن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصّته من الربح منه، ويسري في البقيّة، وعليه عوضها[١] للمالك مع يساره، ويستسعى العبد فيه مع إعساره؛ لصحيحة ابن أبي عمير عن محمّد بن قيس عن الصادق عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال عليه السلام: «يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل» وهي مختصّة بصورة الجهل المنزّل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً، واختصاصها بشراء الأب لا يضرّ بعد كون المناط كونه ممّن ينعتق عليه، كما أنّ اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضرّ أيضاً، بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضاً منزّل على الثاني[٢]؛ جمعاً بين الأدلّة[٣]، هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً، لكن تجدّد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أنّ حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة[٤]، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدّد فيه، فيلحق به الربح[٥] الحاصل من غيره؛ لعدم الفرق.

(**مسألة ٤٦**): قد عرفت أنّ المضاربة من العقود الجائزة[٦]، وأنّه يجوز لكلّ منهما الفسخ إذا لم يشترط[٧] لزومها[٨] في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها أيضاً[٩]. ثمّ قد يحصل

---

١. لا دليل عليه، بل الظاهر عدم الفرق بين يساره وإعساره. (**خوئي**).

٢. محلّ تأمّل. (**خميني**).

٣. لا دليل على ضمان العامل مع يساره في مفروض الكلام، والدليل على التفصيل يختصّ بعتق الشريك حصّته من العبد اختياراً. (**خوئي**).

٤. في كون ذلك بمقتضى القاعدة إشكال بل منع. نعم لا يبعد شمول الصحيحة للمقام. (**خوئي**).

٥. في الإلحاق إشكال، بل منع، بعد عدم شمول النصّ لذلك. (**خوئي**).

٦. قد عرفت الكلام في إطلاقه. (**صانعي**).

٧. قد مرّ أنّ اشتراط اللزوم باطل، سواء كان في ضمن عقد لازم، أو في ضمن عقدها إلّا إذا كان المشروط عدم تحقّق الفسخ خارجاً. (**لنكراني**).

٨. شرط لزومها باطل على الأقوى وإن لم يكن مبطلاً، وقد مرّ جواز شرط عدم الفسخ وحكمه.

الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلابدّ من التكلّم في حكمها من حيث استحقاق العامل للأُجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه، إذا كان بالمال عروض، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس، ومن حيث وجوب الردّ إلى المالك وعدمه وكون الأُجرة عليه أو لا. فنقول: إمّا أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وأيضاً إمّا أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدّماتها، أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده في الأثناء، أو بعد تمام التجارة بعد إنضاض الجميع أو البعض، أو قبله؛ قبل القسمة أو بعدها[١٠]، وبيان أحكامها في طيّ مسائل:

الأُولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدّماته، فلا إشكال، ولا شيء له ولا عليه، وإن كان بعد تمام العمل والإنضاض فكذلك، إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة، إلّا أن يشترط المالك كونها بينهما[١١] على الأقوى من صحّة هذا الشرط[١٢]، أو يشترط[١٣] العامل على المالك شيئاً[١٤] إن لم يحصل ربح، وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أُجرة المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلاً؛ لأنّ بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة.

← (**خميني**).

٩. مرّ الكلام فيه. (**خوئي**).

١٠. بعد قسمة البعض، وأمّا بعد قسمة التمام فلا يبقى موضوع للفسخ. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أي بعد قسمة البعض. (**لنكراني**).

١١. مرّ تفصيله. (**خميني**).

١٢. فيه تفصيل قد تقدّم. (**خوئي**).

ـ قد مرّ أنّ الأقوى هو البطلان، إلّا إذا كان مرجع الشرط إلى لزوم التدارك من ماله. (**لنكراني**).

١٣. بنحو شرط الفعل. (**لنكراني**).

١٤. أي إعطاء شيء له. (**خميني**).

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أُجرة له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام، لا وجه له أصلاً، وإن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهري ففيه قولان، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلّا الربح، ولا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار[١].

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً، أو إذا كان لا لعذر منه؟ وجهان، أقواهما العدم[٢]؛ لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كلّ وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرّف فيه بدون إذن المالك ببيع ونحوه، وإن احتمل تحقّق الربح بهذا البيع، بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح. نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه؛ لأنّه في قوّة وجود الربح[٣] فعلاً، ولكنّه مشكل[٤] مع ذلك؛ لأنّ المناط كون الشيء في حدّ

---

١. إلّا مع جهله بالجواز فلا يتحقّق معه الإقدام كما لا يخفى. (**صانعي**).

٢. في القوّة إشكال، والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

ـ إلّا مع جهله بالجواز فلا يتحقّق معه الإقدام على ضرر نفسه. (**صانعي**).

ـ فيه إشكال؛ لعدم وضوح شمول إطلاق النصّ لهذه الصورة، خصوصاً مع عدم العذر. (**لنكراني**).

٣. مقتضى التعليل حصول الشركة بمقدار حصّته، بناءً على حصولها في موارد ظهور الربح، كما هو المشهور ومختار الماتن ﷺ، وعليه فيجوز له بيع ذلك المقدار من دون مراجعة المالك، ولا وجه لجواز إجباره إلّا أن يقال: إنّ المناط في حصول الشركة غير المناط في جواز الإجبار، وأنّه لابدّ في الأوّل من أن يكون الشيء في حدّ نفسه زائد القيمة، وفي الثاني وجود الراغب الباذل لأزيد منها، وعليه فلا يبقى مجال للإشكال، معلّلاً بعدم وجود المناط كما في المتن. (**لنكراني**).

٤. بل ممنوع، سواء وجد زبون أو كان الشيء في حدّ نفسه قيّماً. نعم له بيع حصّته لشركته مع المالك بعد ظهور الربح. (**خميني**).

نفسه[١] زائد القيمة، والمفروض عدمه، وهل يجب عليه البيع والإنضاض إذا طلبه المالك أو لا؟ قولان، أقواهما[٢] عدمه، ودعوى: أنّ مقتضى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» وجوب ردّ المال إلى المالك كما كان، كما ترى.

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض، فإن رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته وإن احتمل ربح فيه، خصوصاً إذا كان هو الفاسخ، وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه؛ ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب؛ لأنّ اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله ٧: «على اليد...» والأقوى[٣] عدم الوجوب مطلقاً وإن كان استقرار ملكيّة العامل للربح موقوفاً[٤] على الإنضاض، ولعلّه يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ؛ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها[٥] يجب جبرها[٦] بالربح، حتّى أنّه لو أخذه يستردّ منه.

---

١. هذا مؤثّر في اشتراك المالك مع العامل في نفس العروض، وأمّا المؤثّر في الغرض الأقصى من المضاربة وهو تحصيل الربح المالي، فهو المعرضية للربح من دون فرق بين كونه بحسب القيمة أو بحسب أن يكون هناك زبون بان على الشراء بأزيد، نعم، المسألة مشكلة، لا لما ذكره، من نفي البعد في جواز إجبار المالك، لكونه في قوّة وجود الربح ومن أنّ العروض بعد الفسخ ليس مورداً للمضاربة، بل مع ظهور الربح أو وجوده يصير مورداً للشركة، وإجبار أحد الشريكين للآخر غير جائز. (**صانعي**).

٢. الأقوائية ممنوعة. (**لنكراني**).

٣. الأقوائية ممنوعة. (**لنكراني**).

٤. مرّ الميزان في حصول استقرار ملكيّة العامل. (**خميني ـ صانعي**).

٥. لا تبقى المضاربة، حتى تكون مورداً للفسخ، كما مرّ. (**صانعي**).

ـ إلّا إذا كانت في القسمة دلالة عرفيّة على الفسخ، فيحصل الاستقرار حينئذٍ كما عرفت في بعض الحواشي السابقة. (**لنكراني**).

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ وجهان، أقواهما[١] العدم[٢]، من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل[٣] أو المالك.

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه[٤] مقامه[٥] فيما مرّ من الأحكام[٦].

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب[٧] عليه الإيصال إليه. نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الردّ إلى بلده[٨]، لكنّه مع ذلك مشكل[٩]، وقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت...»، أيضاً لا يدلّ على أزيد من التخلية، وإذا احتاج الردّ إليه إلى الأُجرة فالأُجرة على المالك، كما في سائر

---

٦. فيه إشكال ولا سيّما إذا كانت الخسارة بعد القسمة. (**خوئي**).

١. لا قوّة فيه، بل الأحوط لو لم يكن أقوى الوجوب، خصوصاً فيما إذا كان الفسخ من العامل. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال، والوجوب إن لم يكن أقوى فهو أحوط. (**خوئي**).

٣. لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، خصوصاً في هذه الصورة. (**خميني ـ صانعي**).

٤. فيما له من الأموال والحقوق، وأمّا فيما وجب عليه فلا. (**خميني**).

ـ فيما له من الأموال والحقوق على الآخر. (**صانعي**).

٥. في إطلاقه إشكال بل منع، وإنّما المنتقل إلى الوارث هو المال أو الحقّ القابل للانتقال دون غيرهما. (**خوئي**).

٦. إلّا إذا كانت من الأحكام الثابتة عليه لا له، فإنّه حينئذٍ لا وجه للثبوت على الوارث. (**لنكراني**).

٧. والأحوط الإيصال خصوصاً لو كان في بلد آخر. (**لنكراني**).

٨. الظاهر صحّة هذه الدعوى. (**خوئي**).

٩. بل ممنوع، وأمّا ما ذكره من الوجه فغير وجيه. (**خميني**).

ـ بل ممنوع. (**صانعي**).

الأموال. نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الردّ والأُجرة، وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه.

(**مسألة ٤٧**): قد عرفت أنّ الربح وقاية لرأس المال، من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس، ثمّ لا يلزم أن يكون الربح حاصلاً من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتّجر بجميع رأس المال فخسر، ثمّ اتّجر ببعض الباقي فربح، يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتّجر بالبعض فخسر، ثمّ اتّجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة[1] والتلف مطلقاً ما دام لم يتمّ[2] عمل المضاربة.

ثمّ إنّه يجوز للمالك أن يستردّ بعض مال المضاربة في الأثناء، ولكن تبطل بالنسبة إليه، وتبقى بالنسبة إلى البقيّة، وتكون رأس المال، وحينئذٍ فإذا فرضنا أنّه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقيّة، ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح[3] جابراً[4] للخسران أو

---

١. قد تقدّم أنّ الربح إنّما يكون جابراً إذا كانت المضاربة باقية، ومع عدم بقائها قد استقرت ملكية كلّ من المالك والعامل ولا وجه للجبر. (**خوئي**).

٢. بل ما دام لم تستقرّ ملكيّة العامل، وقد مرّ ملاك الاستقرار. (**خميني ـ صانعي**).

٣. مقتضى انفساخ المضاربة بالنسبة إلى المأخوذ وبقائها بالنسبة إلى ما بقي في يد العامل، كما اعترف به ويكون حقاً، عدم انجبار سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد وكذا العكس، فإنّ المضاربة بعد ما تمّت وهي خاسرة أو رابحة لا ينقلب عمّا تمّت عليه، فيستقرّ خسرانها على المالك إن كانت خاسرة ولا يكون ربحها وقاية لشيء إن كانت رابحة، بخلافها في البقيه، فإنّها لبقائها لا يتعيّن لأحدهما إلّا بالاختتام. (**صانعي**).

التلف السابق بتمامه[١]، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثمّ أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت ثمانون فرأس المال تسعون وإذا اتّجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شيء، وكذا[٢] إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقداراً[٣] من المال، سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين، ثمّ اتّجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه، حتّى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك، ولا يختصّ الجبر بما عداه حتّى يكون مقدار حصّة العامل منه باقياً له، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثمّ أخذ المالك عشرة ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة فخسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتّى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء، وعلى ما ذكرنا فلا وجه[٤] لما ذكره المحقّق[٥] وتبعه غيره من أنّ الربح اللاحق لا يجبر

---

٤. لا مجال للجبر بعد فرض بطلان المضاربة بالنسبة إلى المقدار الذي أخذه المالك، فإنّ مرجعه إلى استقرار الخسران والتلف بالإضافة إلى ذلك المقدار. (**لنكراني**).

١. الأوجه ما عليه الشيخ في محكيّ « مبسوطه » وتبعه المحقّقون، وفصّل العلّامة في « التذكرة » و« القواعد » في المسألتين؛ لأنّ المضاربة بالنسبة إلى المأخوذ صارت باطلة والبقيّة رأس المال وليس خسران الجميع خسراناً للبقيّة ولا ربحه ربحها، فلابدّ من التكسير على التمام والحساب بالنسبة، فراجع « القواعد » وشرحها. (**خميني**).

٢. مقتضى ما مرّ في الحاشية السابقة عدم جبر الخسران بتمام الربح السابق، بل يكون ما أخذه المالك مشتملاً على نصيبه من الربح، وتستقرّ المضاربة بالإضافة إليه، فللعامل أيضاً حصّته، ويشترك بمقدارها في الباقي، بناءً على القول بصيرورته شريكاً، وهذا لا فرق فيه بين الصور الثلاث أصلاً. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال ولا تبعد تمامية عمل المضاربة بالإضافة إلى المقدار المأخوذ فلا يجبر خسران الباقي بربحه. (**خوئي**).

٤. بل لعلّه الأوجه. (**لنكراني**).

مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة؛ لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقلّ منه بمقدار حصّة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلّا واحداً وتسع، وهي تسعة وثمانون إلّا تسع، وكذا لاوجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أنّ مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وأنّ حصّة العامل منه يبقى له، ويجب على المالك ردّه إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً أنّه لو حصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كلّ حصّته منه ثمّ حصل خسران أنّه يستردّ من العامل مقدار ما أخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ[٦] قبل القسمة، بل أو بعدها[٧] إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الإنضاض[٨] على العامل وأنّه من تتّمات المضاربة.

(**مسألة ٤٨**): إذا كانت المضاربة فاسدة فإمّا أن يكون مع جهلهما بالفساد، أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر، فعلى التقادير: الربح بتمامه للمالك؛ لإذنه في التجارات، وإن كانت مضاربته باطلة. نعم لو كان الإذن مقيّداً بالمضاربة توقّف ذلك على إجازته[٩]، وإلّا فالمعاملات الواقعة باطلة، وعلى عدم التقيّد أو الإجازة يستحقّ

---

٥. بل له الوجه كما يظهر ممّا حقّقناه. (**صانعي**).

٦. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

ـ تقدّم أنّه لا يتدارك الخسران بعد الفسخ بالربح السابق مطلقاً حتّى قبل القسمة. (**خوئي**).

٧. قد مرّ الكلام فيه. (**صانعي ـ لنكراني**).

٨. مرّ أنّه لا إشكال في عدم وجوبه في هذا الفرض، ثمّ إن ظاهر كلامه أنّ تدارك الخسران هنا منوط بوجوب الإنضاض على العامل، وقد تقدّم منه عدم وجوبه. (**خوئي**).

٩. بل يتوقّف عليها مع عدم التقيّد أيضاً، حيث إنّ المالك في المضاربة ينشأ المضاربة ويكون غافلاً عن الإذن الساذج في التجارة، بل الإذن كذلك ينافي قصد المضاربة كما لا يخفى. (**صانعي**).

العامل مع جهلهما لأُجرة عمله، وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبيّن عدم استحقاقه النفقة أو لا؛ لأنّ المالك سلّطه على الإنفاق مجّاناً؟ وجهان، أقواهما[١] الأوّل[٢]، ولا يضمن التلف والنقص، وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنّه يستحقّ الأُجرة، ولا يضمن التلف والنقص، وإن كانا عالمين أو كان العامل عالماً دون المالك فلا أُجرة له[٣]؛ لإقدامه على العمل[٤] مع علمه بعدم صحّة المعاملة، وربما يحتمل في صورة علمهما أنّه يستحقّ حصّته من الربح من باب الجعالة[٥]، وفيه: أنّ المفروض عدم قصدها، كما أنّه ربما يحتمل استحقاقه أُجرة المثل إذا اعتقد أنّه يستحقّها مع الفساد، وله وجه وإن كان الأقوى خلافه. هذا كلّه إذا حصل ربح ولو

---

١. بل لا يخلو الثاني عن قوّة. (**لنكراني**).

٢. بل أقواهما الثاني فيما إذا أذن المالك في الإنفاق مجاناً كما في فرض عدم التقييد. (**خوئي**).

ـ بل الثاني لا يخلو عن قوّة، لإذن المالك في النفقة مبنيّاً على اعتقاده المضاربة، أي؛ على مضاربته الاعتقادية وهي حاصلة، لاسيّما مع علم المالك بالبطلان. (**صانعي**).

٣. استحقاقه للأُجرة في هذه الصورة ـ أيضاً ـ لا يخلو من وجه؛ اذا حصل الربح بمقدار كان سهمه مساويا لأجرة المثل او ازيد، ومع عدم الربح او نقصان سهمه عنها فمع علمه بالفساد لا يبعد عدم استحقاق الأجرة مع عدم الربح، وعدم استحقاقه الزيادة عن مقدار سهمه مع النقصان، ومع جهله به فالاحوط التخلص بالصلح، بل لا يترك الاحتياط مطلقا. (**خميني**).

ـ فيه إشكال بل منع، فإنّ العلم بفساد المعاملة شرعاً لا يستلزم الإقدام على العمل مجاناً. (**خوئي**).

ـ استحقاقه للأُجرة في هذه الصورة ـ أيضاً ـ لا يخلو من وجه. (**صانعي**).

٤. التعليل لا يقتضي إلّا عدم استحقاق الحصّة المجعولة، ولا دلالة فيه على عدم استحقاق الأُجرة مطلقاً، ولا منافاة بينه وبين العلم بالفساد. نعم، في صورة عدم حصول الربح، أو كون حصّته منه أقلّ من الأُجرة لا تبعد دعوى عدم الاستحقاق مطلقاً، أو بالإضافة إلى خصوص الزيادة. (**لنكراني**).

٥. المضاربة وإن كانت نوعاً من الجعالة إلّا أنّهما تفترقان في أنّ العامل في باب المضاربة يشترك مع المالك في الربح، وهذا بخلاف العامل في باب الجعالة فإنّه لا يشترك مع المالك في الربح وإنّما يستحقّ الأُجرة التي جعلت له. (**خوئي**).

قليلاً، وأمّا مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأُجرة ولو مع الجهل مشكل[١]؛ لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحقّ أقلّ الأمرين من مقدار الربح وأُجرة المثل، لكن الأقوى خلافه؛ لأنّ[٢] رضاه بذلك كان مقيّداً بالمضاربة، ومراعاة الاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدّمة أولى.

(**مسألة ٤٩**): إذا ادّعى على أحد أنّه أعطاه كذا مقداراً مضاربة، وأنكره، ولم يكن للمدّعي بيّنة فالقول قول المنكر مع اليمين.

(**مسألة ٥٠**): إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل قدّم قول العامل بيمينه مع عدم البيّنة، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل؛ لأصالة عدم إعطائه أزيد ممّا يقوله، وأصالة براءة ذمّته إذا كان تالفاً بالأزيد.

هذا إذا لم يرجع[٣] نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أنّ الذي بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذٍ النزاع في قلّة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلّة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس، ومقتضى الأصل[٤] كون جميع هذا المال للمالك إلّا بمقدار ما أقرّ به للعامل،

---

١. الظاهر أنّه لا إشكال في عدم استحقاقه. (**خوئي**).

٢. أي فيما إذا كان بنحو التقيّد. (**لنكراني**).

٣. بل وكذا إذا رجع إليه بعد ما كان مصبّ الدعوى، النزاع في مقدار رأس المال، كما هو المفروض. هذا مع أنّ ما ذكره من الأصل محلّ تأمّل، لشركة الربح بين المالك والعامل، فكيف يكون كل الربح للمالك إلّا ما أُقرّ. (**صانعي**).

٤. هذا إن قلنا بأنّ الربح ينتقل ابتداء إلى المالك ثمّ يتلقّي المضارب منه، وأمّا إن قلنا بأنّه ينتقل إلى العامل حصّته ابتداء كما هو الأقرب فلا أصل لهذا الأصل، ثمّ لو قلنا باعتبار يد العامل في مورد الشكّ يقدّم قوله بيمينه ولو مع سلامة الأصل، لكن لو بنينا على عدم اعتباره كما هو الأوجه فلابدّ من ملاحظة محطّ الدعوى، فلو ادّعى العامل: أنّ مقدار رأس المال مائة مثلاً، وادّعى المالك: أنّه مائتان، يكون من ←

وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلّا كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لابدّ أن يغرم المقدار الذي للمالك.

(**مسألة ٥١**): لو ادّعى المالك على العامل أنّه خان أو فرّط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي[1]، والمفروض أنّ مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أيّ شخص أراد. نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلّا بإذن من المالك كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادّعى الإذن من المالك فالقول قول

← موارد التحالف، وكذا لو ادّعى المالك: أنّ هذا المقدار رأس المال وذاك الربح، وادّعى العامل خلافه ولو كان محطّ النزاع في مقدار رأس المال زيادة ونقصاناً أو مقدار الربح كذلك يقدّم قول المنكر بيمينه. هذا مع بقاء المال، وأمّا مع التلف مضموناً على العامل فمقتضى الأصل عدم ضمانه، إلّا في مورد علم خلافه، وقد عرفت عدم أصل يثبت كون المال للمالك، والتفصيل في هذه الموارد موكول إلى محله. (**خميني**).

ـ لا مجال لهذا الأصل بناءً على ما قوّاه في مسألة ٤٤ المتقدّمة من انتقال الربح إلى العامل مستقلّاً وعدم تلقّيه ذلك من المالك، وأمّا بناءً على ما اختاره المشهور من تلقّي المضارب الملك من المالك وكونه الواسطة في ذلك، فمقتضى الأصل وإن كان ذلك، إلّا أنّه لابدّ من ملاحظة أنّ يد العامل هل سقطت عن الحجّية رأساً باعتبار اعترافه بكون بعض ما بيده للمالك، أو أنّ سقوطها عنها إنّما هو بالإضافة إلى خصوص المقدار الذي اعترف به، فعلى الأوّل يقدّم قول المالك بيمينه في خصوص الصورة المفروضة، التي يرجع النزاع فيها إلى النزاع في ثبوت الزيادة وعدمها، وعلى الثاني لا محيص عن تقديم قول العامل كذلك كما في نظائره. (**لنكراني**).

١. هذا الشرط وما بحكمه يرجع إلى تقييد متعلّق عقد المضاربة، وعليه فالعامل يدّعي الإطلاق كما أنّ المالك يدّعي التقييد، وأصالة عدم تقييد المتعلّق معارضة بأصالة عدم إطلاقه على ما بيّنا في محلّه من أنّهما متضادّان في مقام الثبوت، وأمّا استصحاب عدم التقييد في مقام الإثبات، فلا يترتب عليه الإطلاق في مقام الثبوت، وأمّا أصالة الإطلاق فلا مجرى لها في أمثال المقام، ونتيجة ذلك كلّه أنّ القول قول المالك لأصالة عدم إذنه فيما يدّعي العامل إذنه فيه. (**خوئي**).

المالك في عدم الإذن.

والحاصل: أنّ العامل لو ادّعى الإذن فيما لا يجوز إلّا بالإذن قدّم فيه قول المالك المنكر، ولو ادّعى المالك المنع فيما يجوز إلّا مع المنع قدّم قول العامل المنكر له.

(**مسألة ٥٢**): لو ادّعى العامل التلف وأنكر المالك، قدّم قول العامل؛ لأنّه أمين[١]، سواء كان بأمر ظاهر أو خفيّ، وكذا لو ادّعى الخسارة أو ادّعى عدم الربح أو ادّعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين، ولافرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده. نعم لو ادّعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً وجهان[٢]، ولو أقرّ بحصول الربح ثمّ بعد ذلك ادّعى التلف أو الخسارة وقال: إنّي اشتبهت[٣] في حصوله، لم يسمع منه؛ لأنّه رجوع عن إقراره[٤] الأوّل ولكن لو قال: ربحت. ثمّ تلف أو ثمّ حصلت الخسارة، قبل منه.

(**مسألة ٥٣**): إذا اختلفا في مقدار حصّة العامل وأنّه نصف الربح مثلاً أو ثلثه، قدّم قول المالك.

(**مسألة ٥٤**): إذا ادّعى المالك: أنّي ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك، فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم المال إليه فأقام المالك بيّنة على ذلك فادّعى العامل تلفه، لم يسمع منه[٥]، وأُخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل.

---

١. هذا إذا لم يكن متّهماً، وإلّا فيستحلف. (**خوئي**).

٢. أظهرهما الأوّل. (**خوئي**).

ـ ولا يخلو الأوّل عن قوّة إلّا إذا كان مقصّراً من ناحية الردّ إلى المالك. (**لنكراني**).

٣. العبارة غير جيّدة، والظاهر أنّ مراده أنّه أقرّ أوّلاً بتحقّق الربح فعلاً، ثمّ ادّعى الاشتباه ووجّه اشتباهه بأنّ الربح حصل أوّلاً، لكن التلف أو الخسارة صار سبباً لعدم بقائه، والظاهر قبول دعواه حينئذٍ. نعم لو ادّعى أوّلاً بأنّ الربح حاصل، ثمّ قال: إنّ الربح غير حاصل وإنّي اشتبهت، لم يسمع منه. (**خميني**).

٤. هذا ليس رجوعاً عن إقراره، بل هو دعوى على خلاف ظاهر كلامه وهي لا تسمع ما لم تثبت شرعاً. (**خوئي**).

٥. لا إشكال في عدم سماع قوله بيمينه كسماعه قبل الإنكار، لكن هل يكلّف على إقامة البيّنة ←

نعم لو أجاب المالك بأنّي لست مشغول الذمّة لك بشيء، ثمّ بعد الإثبات ادّعى التلف قبل منه؛ لعدم المنافاة بين الإنكار من الأوّل وبين دعوى التلف.

(**مسألة ٥٥**): إذا اختلفا في صحّة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها، قدّم قول مدّعي الصحّة.

(**مسألة ٥٦**): إذا ادّعى أحدهما الفسخ في الأثناء، وأنكر الآخر، قدّم قول المنكر، وكلّ من يقدّم قوله في المسائل المذكورة لابدّ له من اليمين.

(**مسألة ٥٧**): إذا ادّعى العامل الردّ، وأنكره المالك، قدّم قول المالك.

(**مسألة ٥٨**): لو ادّعى العامل في جنس اشتراه: أنّه اشتراه لنفسه، وادّعى المالك: أنّه اشتراه للمضاربة، قدّم قول العامل، وكذا لو ادّعى: أنّه اشتراه للمضاربة وادّعى المالك: أنّه اشتراه لنفسه؛ لأنّه أعرف بنيّته، ولأنّه أمين[1] فيقبل قوله، والظاهر أنّ الأمر كذلك[2] لو علم أنّه أدّى الثمن من مال المضاربة، بأن ادّعى: أنّه اشتراه في الذمّة لنفسه، ثمّ أدّى الثمن من

← على التلف وتقبل بيّنته، ومع عدمها يتوجّه الحلف على المالك، أو يقضى عليه بالضمان وتردّ بيّنته على التلف من غير تفريط وتعدّ، أو يحكم بالضمان بعد إقامة البيّنة على التلف، وقبلها يطالب بالعين ويحبس حتّى يتبيّن الحال، وجوه. (**خميني**).

ـ فللمالك أن يطالبه بنفس العين. نعم إذا أقام العامل البيّنة على التلف طالبه المالك بدفع البدل. (**خوئي**).

ـ سماع باب القضاء، أي؛ السماع مع يمينه. (**صانعي**).

ـ أي سماعاً باليمين فتقبل بيّنته على التلف من غير تعدّ وتفريط، أو مطلقاً فلا تكون البيّنة أيضاً مقبولة؛ لأنّه بإنكاره مكذّب لها، وحينئذٍ ففي تضمينه أو حبسه حتّى يتبيّن الحال وجهان، ولا تبعد دعوى ظهور العبارة في الاحتمال الأوّل. (**لنكراني**).

١. ولأصالة عدم اشترائه للمضاربة ولها أثر، وأمّا أصالة عدم اشترائه لنفسه لا تثبت شراءه للمضاربة، وبهذا يظهر الوجه في الفرع الآتي، لكن هذا الأصل لا يخلو من إشكال بل منع، وأمّا كونه أعرف بنيّته لا يوجب تقديم قوله ظاهراً مع أنّه غير مطّرد في جميع الدعاوي؛ مثل أن يدّعي المالك إنشاء البيع له في ظاهر اللفظ وادّعى العامل إنشائه لنفسه. (**خميني**).

٢. فيه إشكال. (**لنكراني**).

مال المضاربة ولو كان عاصياً في ذلك.

(**مسألة ٥٩**): لو ادّعى المالك: أنّه أعطاه المال مضاربة، وادّعى القابض: أنّه أعطاه قرضاً، يتحالفان[١]، فإن حلفا أو نكلا للقابض أكثر الأمرين[٢] من أُجرة المثل[٣] والحصّة من الربح، إلّا إذا كانت الأُجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها؛ لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

(**مسألة ٦٠**): إذا حصل تلف أو خسران فادّعى المالك: أنّه أقرضه، وادّعى العامل: أنّه ضاربه، قدّم[٤] قول[٥] المالك[٦] مع اليمين.

---

١. يحتمل التحالف بملاحظة محطّ الدعوى، وتقديم قول المالك بملاحظة مرجعها، والأقرب الأوّل. (**خميني**).

ـ مع عدم حصول الربح، ومعه فكذلك أيضاً إن كان الملاك في التحالف محطّ الدعوى ومصبّ النزاع. وإن كان المناط هو الغرض والغاية فالظاهر أنّ القول قول المالك؛ لاتّفاقهما على ثبوت حصّة من الربح للقابض واختلافهما إنّما هو في الزائد، فالمالك ينكره والقابض يدّعيه. (**لنكراني**).

٢. لا وجه لأُجرة المثل بعد اتّفاقهما على عدم استحقاقها، ومرجع الاختلاف في الزائد من حصّته، فمع التحالف يحتمل الإقراع ويحتمل التقسيم بينهما، والأقرب الأوّل. (**خميني**).

٣. لا موقع لملاحظتها بعد اتّفاق المالك والعامل على عدم استحقاقها، كما أنّه لا موقع للتحالف بعد عدم إلزام عقد المضاربة العامل بشيء، وعليه فالعامل يدّعي ملكية العين وتمام الربح، والمالك يعترف له بمقدار من الربح، فيكون العامل مدّعياً والمالك منكراً، فيقدّم قول المالك. (**خوئي**).

ـ لا وجه لثبوت أُجرة المثل في مثل المقام الذي يعترف كلّ منهما بعدم استحقاقها، بل بعد التحالف أو النكول لابدّ من تقسيم المقدار الزائد على حصّة العامل بينهما، أو الرجوع إلى القرعة. (**لنكراني**).

٤. إن كان المناط هو محطّ الدعوى فالحكم هو التحالف. وإن كان هو الغرض فالظاهر تقديم قول العامل في نفي الاقتراض؛ لأنّ دعواه القراض غير ملزمة، فلا يتوجّه عليه إلّا اليمين على نفي ما ادّعاه المالك، ويمكن تقديم قول المالك على هذا الفرض، نظراً إلى ما أفاده بعض المحقّقين في الحاشية، من كون أصالة الضمان في الأموال التالفة عند غير مالكها الثابتة بالنصّ والإجماع موافقة للمالك، فيصير منكراً عليه اليمين. (**لنكراني**).

٥. في هذا المقام ـ أيضاً ـ يحتمل التحالف بلحاظ المحطّ، وتقديم قول العامل بلحاظ المرجع،

(**مسألة ٦١**): لو ادّعى المالك الإبضاع، والعامل المضاربة، يتحالفان[٧]، ومع الحلف أو النكول منهما يستحقّ العامل أقلّ الأمرين من الأُجرة والحصّة من الربح، ولو لم يحصل ربح فادّعى المالك المضاربة لدفع الأُجرة، وادّعى العامل الإبضاع، استحقّ العامل بعد التحالف[٨] أُجرة المثل لعمله[٩].

(**مسألة ٦٢**): إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصّة العامل واختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل، كما أنّهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه، فإن كان

← ومحطّ الدعوى أولى باللحاظ. (**خميني**).

٦. بل يتحالفان رعاية لمحطّ الدعوى. (**صانعي**).

٧. احتمال التحالف هاهنا ضعيف؛ لعدم جريان أصالة عدم البضاعة، والظاهر تقديم قول المالك بيمينه، ولكن الظاهر استحقاق مقدار أقلّ الأمرين من الأُجرة والحصّة؛ لكون هذا المقدار مورد توافقهما، إلّا أن يدّعي المالك مع ذلك تبرّعيّة العمل فهي دعوى أُخرى تفصل على الموازين، بل الظاهر عدم التحالف في الفرع الآتي أيضاً، بل يحلف العامل على نفي المضاربة فيحكم له بأُجرة المثل. (**خميني**).

ـ لاتّفاقهما على استحقاق العامل بعمله شيئاً لكن المالك يلزمه بقبول أُجرة المثل، كما أنّه يلزم المالك بإعطاء ما يدّعيه من الحصّة من الربح. نعم إذا قلنا بعدم ضمان المالك في فرض الإبضاع، قدّم قول المالك لأنّه منكر للمضاربة. (**خوئي**).

ـ فيما إذا ادّعى المالك الإبضاع بلا أُجرة، أو بأُجرة أقلّ من الحصّة التي يدّعيها المالك، أو مباينة لها، أو كان الملاك في التحالف محطّ الدعوى، وإلّا فالظاهر عدم توجّه الحلف إليهما، بل يحكم للعامل بالحصّة فقط. (**لنكراني**).

٨. أي بناءً على ثبوت التحالف هنا، نظراً إلى كون المناط هو المحطّ، وأمّا مع ملاحظة الغرض فالظاهر لزوم حلف المالك لنفي ما يدّعيه العامل من استحقاق أُجرة المثل. (**لنكراني**).

٩. الظاهر أنّه لا مجال للتحالف في الفرض، لأنّ العامل يدّعي أُجرة المثل على المالك بناءً على ثبوتها في الإبضاع والمالك ينكرها، فإذا حلف لم يستحقّ العامل عليه شيئاً. (**خوئي**).

من جهة الاختلاف في الحصّة أنّها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله[١] أيضاً؛ لأنّ المفروض أنّ تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً، ومقتضى الأصل[٢] كونه بتمامه للمالك، إلّا ما علم جعله للعامل، وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقيّة ربحاً، مع أنّها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلّا ما خرج.

---

١. قد مرّ التفصيل فيه. (**لنكراني**).

٢. مرّ الكلام في هذا الفرض وفي مقتضى الأصل. (**خميني**).

ـ مرّ التأمّل فيه، فكون القول قوله محلّ للتأمّل، كما لا يخفى. (**صانعي**).

مسائل [متفرّقة]

الأُولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات، فإن علم بعينه فلا إشكال، وإلّا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك ويكون المالك شريكاً[1] مع الورثة بالنسبة[2]، ويقدّم على الغرماء إن كان الميّت مديوناً؛ لوجود عين ماله في التركة، وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده ولم يعلم أنّه تلف بتفريط أو بغيره أو ردّه على المالك، فالظاهر عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال[3] بمقتضى بعض الوجوه الآتية، وأمّا إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم أنّه موجود في تركته الموجودة أو لا، بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لوكان حيّاً أمكنه الإيصال إلى المالك، أو شكّ في بقائه في يده وعدمه أيضاً، ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله

---

١. الحكم بالشركة إنّما هو فيما إذا علم امتزاج مال المضاربة مع ماله امتزاجاً يوجب الشركة على نحو ما يأتي في كتاب الشركة، وأمّا إذا اشتبه المالان فلا يحكم بالشركة، بل يعالج بما في نظائر المقام من اشتباه أموال الملّاك، وهل هو بإيقاع الصلح بينهما أو التقسيم بحسب نسبة المالين أو إعمال القرعة؟ وجوه، أقواها الأخير. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مع وجود شرط الشركة، وهو ما إذا لم يكن تميّز لدى العرف واقعاً كامتزاج المايعين، وإلّا فالحكم الرجوع إلى الصلح أو القرعة. (**لنكراني**).

٢. في ثبوت الشركة بعدم تميز المال ولا سيما مع اختلاف الأجناس إشكال بل منع. (**خوئي**).

٣. لكنّه غير وجيه. (**خميني ـ صانعي**).

كـالرهن والوديـعة ونـحوهما مـختلفة، والأقـوى الضـمان[١] فـي الصـورتين الأُوليين[٢]؛ لعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» حيث إنّ الأظهر شموله للأمانات[٣] أيضاً، ودعوى: خروجها لأنّ المفروض عدم الضمان فيها.

مدفوعة: بأنّ غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كـما إذا تـلفت بـلا تفريط أو ادّعى تلفها كذلك إذا حلف، وأمّا صورة التفريط والإتلاف ودعوى الردّ في غير الوديعة[٤]، ودعوى التلف[٥] والنكول عن الحلف، فهي باقية تحت العموم،

---

١. بل الأقوى عدم الضمان، والوجوه التي تمسّك بها غـير وجـيهة؛ لكـون المـورد مـن الشـبهة المصداقيّة؛ لدليل اليد على فرض تسليم شموله للأمانات، وهو في محلّ الإشكال مـع إمكـان إحراز حال اليد بالأصل وإخراجها عن تحت الدليل؛ لكون يده مسبوقة بعدم كونها عـلى وجـه الضمان، وأمّا التمسّك بردّ الأمانات وخبر السكوني فهو كما ترى، كالتمسّك بسـقوط اليـد فـي صورة الأُولى للعلم الإجمالي. (**خميني**).

ـ بل الأقوى عدم الضمان فيهما إلّا إذا كان مفرطاً في ترك الوصية. (**صانعي**).

ـ بل الأقوى عدمه فيهما؛ لأنّ التمسّك بالعموم المذكور من مصاديق التمسّك بالعام فـي الشـبهة المصداقية وهو غير جائز، كما أنّ دعوى أنّ العلم الإجمالي بكون بعض ما كان في يده إلى موته مال الغير أسقط اعتبارها في جميع أطرافه بالنسبة إلى القدر المعلوم، يدفعها عـدم تـأثير العـلم الإجمالي في المقام، كما لا يخفى. (**لنكراني**).

٢. بل الأقوى عدمه، إلّا مع ثبوت التفريط ولو من جهة ترك الوصـية بـه، وأمّـا التـمسّك بـعموم الحديث لإثبات الضمان فمخدوش من وجوه. (**خوئي**).

٣. الأظهر وإن كان ذلك، لكن الضمان منوط بالإفراط والتـفريط فـي الحـفظ، وإلّا فـمع عـدمها لاضمان مع التلف فضلاً عمّا كانت العين باقية، كما هو المفروض، فمع عدم تقصيره وتفريطه في ترك الوصية لاضمان له، ومن ذلك يظهر عدم الضمان أيضاً مع الشكّ في التفريط أيضاً لعدم جواز التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقية للمخصّص إن قلنا بتخصيص القاعدة في صورة عدم الإفراط والتفريط، وأمّا على التخصّص، فعدم جواز التمسّك أظهر. (**صانعي**).

٤. بل لا تسمع دعوى الردّ في الوديعة أيضاً. (**خوئي**).

٥. الظاهر سماع دعوى التلف مطلقاً إذا لم يكن المؤتمن متّهماً. (**خوئي**).

ودعوى: أنّ الضمان في صورة التفريط والتعدّي من جهة الخروج عن كونها أمانة أو من جهة الدليل الخارجي، كما ترى لا داعي إليها، ويمكن أن يتمسّك[١] بعموم ما دلّ على وجوب ردّ الأمانة، بدعوى: أنّ الردّ[٢] أعمّ من ردّ العين[٣] وردّ البدل.

واختصاصه بالأوّل ممنوع، ألا ترى أنّه يفهم من قوله عليه السلام: «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه، هذا مضافاً إلى خبر السكوني[٤]، عن عليّ عليه السلام، أنّه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أُسوة الغرماء.

---

١. يرد عليه ما يرد على التمسّك بالعموم المتقدّم. (**لنكراني**).

٢. الدعوى ممنوعة، فإنّ ردّ العوض ليس ردّاً للأمانة كما هو ظاهر، نعم في الأعيان المضمونة، كالغصب والأمانة مع الإفراط والتفريط فيها بحيث يخرج اليد من الأمانة إلى العدوان، يحكم العقلاء بأنّ الردّ يتحقّق برد العوض، أيضاً من المثل أو القيمة مع التلف، لكونه مرتبة نازلة من ردّ العين، وهذا غير كون ردّ العين والأمانة حقيقة في الأعم من ردّ الأصل أو العوض، كما لا يخفى. (**صانعي**).

٣. هذه الدعوى فاسدة فإن وجوب الردّ تكليفي، ومتعلّقه نفس الأمانة، مضافاً إلى أنّه قد ثبت عدم الضمان مع عدم التفريط، فلا مجال للتمسّك بالعموم والشبهة مصداقية. (**خوئي**).

٤. الخبر لا دلالة له، فإن مورده العلم بوجود مال المضاربة في التركة، فلا يشمل مورد الكلام. (**خوئي**).

ـ التمسّك به غير تام، لتوقّف كونه أُسوة على ضمان العامل المتوقّف على الإفراط والتفريط وإلّا فمع عدمهما لا ضمان ويكون خارجاً عن أدلّة الضمان، فإنّه أمين والضمان في المفروض إمّا معلوم العدم وهو ما إذا علم بعدم تفريطه في الوصية وإمّا مشكوك، كما إذا لم يعلم تفريطه ولا عدمه، ومعه لاضمان أيضاً، كما لا يخفى، فلا يصحّ التمسّك بالخبر، لعدم إحراز الضمان المحقّق، لكون المالك أُسوة الغرماء. (**صانعي**).

ـ يرد عليه ـ مضافاً إلى عدم تمامية السند ـ أنّ مورده ما إذا علم بوجود المال في التركة ولم يعلم عينه، فلا ارتباط له بالمقام. (**لنكراني**).

وأمّا الصورة الثالثة فالضمان[١] فيها أيضاً لا يخلو عن قوّة[٢]؛ لأنّ الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، واشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته.

ودعوى: أنّ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمّته من العوض والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد المقتضية لملكيّته، مدفوعة، بأنّ الأصل الأوّل حاكم على الثاني، هذا مع أنّه يمكن الخدشة[٣] في قاعدة اليد بأنّها مقتضية للملكيّة إذا كانت مختصّة، وفي المقام كانت مشتركة[٤] والأصل بقاؤها على الاشتراك، بل في بعض الصور يمكن أن

---

١. بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان؛ لأنّه إذا كانت اليد المتيقّنة غير مؤثّرة في الضمان، كما في الصورتين الأوّلتين، فاليد المستصحبة لا تؤثّر قطعاً. (**لنكراني**).

٢. الأقوى فيها ـ أيضاً ـ عدم الضمان، فإنّ العلم ببقائه في يده بالنحو المتقدّم لم يكن مؤثّراً فكيف بالشكّ، وأصالة بقاء يده عليه لا تثبت الضمان ولا كون المال في التركة. (**خميني**).

ـ بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، وأمّا التمسّك باستصحاب بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت فيردّه أنّ الضمان غير مترتّب عليه ما لم يثبت التفريط، وأمّا التمسّك باستصحاب اشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة فيردّه أنّه من الاستصحاب التعليقي ولا نقول به، مضافاً إلى أنّ المتيقّن لا يحتمل بقاؤه بعد الموت لأنّه تكليفي محض، وعلى تقدير التسليم لا يترتّب عليه وجوب أداء البدل، وعليه فأصالة البراءة من الضمان بلا معارض. (**خوئي**).

ـ بل عدمه لا يخلو عن قوّة، لأصالة براءة ذمّته من الضمان والعوض وأصالة بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، واشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة غير مفيد، أمّا الأولى؛ فلخروج الأمانات منها، والتعدّي والتفريط مشكوك، فيكون التمسّك بالأصالة والقاعدة تمسّكاً بالعامّ في الشبهة المصداقية للمخصّص، وأمّا الثانية؛ فلعدم اقتضاؤها الضمان وليس بازيد من تكليف ردّه العين، كما هو ظاهر. (**صانعي**).

٣. لكنّها ضعيفة، لإطلاق أدلّة اليد ووجود البناء من العقلاء في صورة احتمال الاشتراك. نعم مع العلم به لا تكون اليد حجّة للعلم الإجمالي، وبالجملة قاعدة اليد جارية. (**صانعي**).

٤. الظاهر عدم كون المقام من موارد الاشتراك في اليد. (**خوئي**).

ـ دعوى الاشتراك في هذه الصورة، وكذا دعوى الاختصاص بالمالك في الصورة الآتية ممنوعتان. (**لنكراني**).

يقال: إنّ يده يد المالك[١] من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة ولم يكن في يده سوى مال المضاربة، فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، وإن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال وأنّه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده، وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار.

نعم في بعض الصور لا يعدّ يده مشتركة أيضاً، فالتمسّك باليد بقول مطلق مشكل[٢]. ثمّ إنّ جميع ما ذكر إنّما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرّطاً، وإلّا فلا إشكال في ضمانه.

الثانية: ذكروا[٣] من شروط المضاربة: التنجيز، وأنّه لو علّقها على أمر متوقّع بطلت، وكذا لو علّقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله. نعم لو علّق التصرّف على أمر صحّ، وإن كان متوقّع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك إلّا دعوى الإجماع على أنّ أثر العقد لابدّ أن يكون حاصلاً من حين صدوره، وهو إن صحّ إنّما يتمّ في التعليق على المتوقّع، حيث إنّ الأثر متأخّر، وأمّا التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقّع أيضاً إذا أُخذ على نحو الكشف بأن يكون المعلّق عليه وجوده الاستقبالي لا يكون الأثر متأخّراً. نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقّق الأثر حين العقد تمّ في صورة الجهل، لكنّه غير معلوم، ثمّ على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرّف ونفوذه من جهة الإذن، لكن يستحقّ حينئذٍ أُجرة المثل لعمله، إلّا أن يكون الإذن مقيّداً بالصحّة فلا يجوز التصرّف أيضاً.

الثالثة: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، وأمّا العامل فلا يشترط فيه ذلك؛ لعدم منافاته لحقّ الغرماء. نعم بعد حصول الربح منع[٤] من

---

١. هذا فيما إذا علم ببقاء مال المضاربة بعينه، وإلّا فقاعدة اليد محكمة. (**خوئي**).

٢. لا إشكال فيه في مثل المقام. نعم في بعض الصور المفروضة يمكن القول بسقوطها. (**خميني**).

٣. ما ذكروه هو الأحوط، خصوصاً في مثل المضاربة. (**خميني**).

٤. محلّ تأمّل. نعم بعد تمام العمل لا إشكال في منعه منه على هذا المبنى. (**خميني**).

التصرّف[١] إلّا بالإذن من الغرماء، بناءً على تعلّق الحجر بالمال الجديد.

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مرّ أو الجنون أو الإغماء، كما مرّ[٢] في سائر[٣] العقود الجائزة، وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدواريّاً، وكذا في الإغماء بين قصر مدّته وطولها، فإن كان إجماعاً، وإلّا فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدواري والإغماء القصير المدّة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرّف حال حصولهما[٤]، وأمّا بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل، وكذا تبطل[٥] بعروض السفه لأحدهما[٦] أو الحجر للفلس في المالك أو العامل[٧] أيضاً، إذا كان بعد حصول الربح، إلّا مع إجازة الغرماء.

الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صحّ، وملك العامل الحصّة وإن كانت أزيد من أُجرة المثل على الأقوى من كون منجّزات المريض من الأصل، بل وكذلك على القول[٨] بأنّها من الثلث؛ لأنّه ليس مفوّتاً لشيء على الوارث[٩]،

---

١. فيه إشكال. نعم، بعد تماميّة العمل وبقاء الربح ينكشف تعلّق حقّ الغرماء به. (**لنكراني**).

٢. ليس ببالي مروره. (**خميني**).

٣. أي كما في سائر العقود الجائزة. (**لنكراني**).

٤. لم يتّضح كيفيّة تصرّف المغمى عليه، وفي وكالة «الجواهر» أنّ أقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرّف حالهما. (**خميني**).

ـ كيفية معاملة المغمى عليه حال الإغماء غير واضحة. (**صانعي**).

٥. تقدّم أنّ المعتبر في صحّتها عدم السفه من المالك فقط، وكذا بالإضافة إلى الحجر للفلس، فعروضهما للعامل لا يوجب البطلان. نعم، بعد حصول الربح لا ينفذ تصرّفه فيه من دون إجازة الغرماء. (**لنكراني**).

٦. مرّ أنّه لا يعتبر في صحّتها عدم السفه من العامل. (**خوئي**).

٧. عروض الحجر على العامل لا يوجب بطلان المضاربة، وقد مرّ بعض الكلام فيه. (**خميني ـ صانعي**).

٨. محلّ تأمّل على هذا القول. (**خميني**).

٩. فيه نظر واضح، والذي يسهل الخطب أنّ منجّزات المريض تكون من الأصل. (**خوئي**).

إذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك وإنّما حصل[١] بسعي العامل.

السادسة: إذا تبيّن[٢] كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران[٣] فلمالكه الرجوع[٤] على كلّ منهما، فإن رجع على المضارب لم يرجع[٥] على العامل[٦]، وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلاً على المضارب وإن كان جاهلاً أيضاً؛ لأنّه مغرور[٧] من قبله[٨]، وإن حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله، وللعامل أُجرة المثل على المضارب مع

---

١. الفرق بينه وبين الموجود محلّ تأمّل، بل الظاهر عدمه، فعلى هذا القول في الزيادة على الثلث موقوف على اجازة الورثة. (**صانعي**).

٢. ليس للتبيّن دخالة في الأحكام المذكورة، بل إذا كان رأس المال للغير يترتّب عليه الضمان وجواز الرجوع. (**خميني**).

٣. في صورة الخسران له الإجازة للمعاملة الخاسرة وله الرجوع بماله. (**خميني ـ صانعي**).

ـ التشريك بين الخسران والتلف في الحكم غير وجيه، فإنّه في صورة الخسران يكون مخيّراً بين ردّ المعاملة التي حصل فيها الخسران، فيرجع بالعين مع بقائها وتمام البدل مع تلفها، وبين إمضائها فلا رجوع له بشيء على أحد. (**لنكراني**).

٤. ليس للمالك الرجوع في الخسارة وحدها، فإنّه إن أجاز المعاملة صحّت وليس له الرجوع حينئذٍ على أحد، وإلّا رجع بتمام ماله. (**خوئي**).

٥. في صورة غروره، وأمّا مع علمه فله الرجوع. (**خميني**).

ـ إلّا مع علم العامل وجهل المضارب. (**صانعي**).

٦. إذا كان مغروراً من قبله. (**لنكراني**).

٧. تحقّق الغرور مع جهل المضارب محلّ تأمّل وإشكال. (**لنكراني**).

٨. لا يصدق الغرور مع جهل المضارب إلّا أنّه مع ذلك يرجع العامل عليه لأنّه بأدائه يملك المال الثابت في ذمّة المضارب على ما شيّدنا أركانه في محلّه. (**خوئي**).

ـ الغرور غير صادق مع جهل المضارب، لكن الضمان مستقرّ على المضارب لأقوائية السبب عن المباشر. (**صانعي**).

جهله، والظاهر[١] عدم استحقاقه الأُجرة عليه[٢] مع عدم حصول الربح؛ لأنّه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله، كما أنّه لا يرجع عليه إذا كان عالماً[٣] بأنّه ليس له؛ لكونه متبرّعاً بعمله حينئذٍ.

السابعة: يجوز اشتراط المضاربة[٤] في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكلّ[٥] منهما فسخه بعده[٦]، والظاهر أنّه يجوز اشتراط عمل المضاربة[٧] على العامل بأن يشترط عليه أن يتّجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم، وحينئذٍ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة.

الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة[٨] بعنوان الجعالة، كأن يقول: إذا اتّجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ولا يلزم

---

١. مرّ الكلام فيه وفي الفرع التالي. (**خميني**).

ـ مرّ الكلام فيه وفي الفرع التالي في المسألة الثامنة والأربعين. (**صانعي**).

٢. هذا هو الصحيح إلّا أنّه تقدّم منه ﷺ في المسألة الثامنة والأربعين خلافه. (**خوئي**).

٣. تقدّم أنّه لا فرق بين صورتي العلم والجهل. (**خوئي**).

٤. أي اشتراط إيقاعها. (**خميني**).

٥. إذا كان الغرض متعلّقاً بنفس إيقاع المضاربة كما قد يتّفق، ولكن المقصود للعقلاء نوعاً هو الفرض الثاني، وهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّ ترتّب آثار المضاربة عليه واعتبار ما يعتبر فيها فيه ممنوع، كما سيصرّح به في المسألة الآتية. (**لنكراني**).

٦. الظاهر أنّ متعلّق الاشتراط عرفاً ليس مجرّد إجراء العقد، وعليه فلا يجوز للمشروط عليه الفسخ قبل الجري على العقد خارجاً. (**خوئي**).

٧. لا بأس بهذا الشرط، ويجب العمل على طبقه، لكن صيرورة ذلك مضاربة يترتّب عليه أحكامها محلّ إشكال بل منع، ولا يعتبر فيه ما يعتبر فيها. (**خميني ـ صانعي**).

٨. فيه إشكال بل منع، فإنّ الذي يملكه العامل في المضاربة غير مملوك للمضارب فعلاً، وإنّما التزمنا بصحّته لقيام الدليل على ذلك، ولم يقم دليل على ذلك في الجعالة إذا كانت فاقدة لشرائط المضاربة، إذن فمقتضى القاعدة البطلان. (**خوئي**).

أن يكون جامعاً لشروط المضاربة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر، وكذا[١] في المضاربة[٢] المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين[٣].

التاسعة: يجوز[٤] للأب[٥] والجدّ الاتّجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربة، بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً، بأن يكون بمجرّد الإذن[٦] منهما[٧]، وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل، وكذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال.

---

١. مرّ الكلام فيه آنفاً. (**خميني ـ صانعي**).

٢. أي عمل المضاربة لا عنوانها. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال بناءً على اشتراط المضاربة بكون رأس المال من النقدين. (**خوئي**).

٤. مع عدم المفسدة، بل لا ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة، وكأنّ عبارة المسألة في المتن لا تخلو عن تشويش، والظاهر أنّ المقصود أنّه يجوز لهما إيقاع عقد المضاربة لنفسهما، كما يجوز إيقاعه بمالهما مع الغير، كما يجوز الإذن في الاتّجار بماله. (**خميني**).

ـ مع رعاية المصلحة على الأحوط، بل لا يخلو عن قوّة إن لم يكن أقوى. (**صانعي**).

٥. بل وللأم والجدّ. (**صانعي**).

٦. في العبارة مسامحة، والظاهر أنّ المراد بالإذن هو القصد، ومرجعه إلى عدم لزوم إيقاع العقد وكفاية النيّة فقط. (**لنكراني**).

٧. لعلّه ﷺ أراد به القصد والنية، وإلّا فهو من سهو القلم. (**خوئي**).

ـ أي للغير على الظاهر، فأصل العبارة ظاهر ـ مع ما فيها من التشويش ـ في بيان صور ثلاثة: **أحدها**: عقد المضاربة في مال المولّى عليه لأنفسهم. ثانيها: الإذن للغير في التجارة بماله. ثالثها: المضاربة مع الغير في ماله. والجميع جائز، للعمومات ولما دلّ من جواز التجارة بمال اليتيم مع الإذن. (**صانعي**).

العاشرة: يجوز[١] للأب والجدّ[٢] الإيصاء بالمضاربة بمال المولّى عليه، بإيقاع الوصيّ عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصّة من الربح أو إيكاله إليه، وكذا يجوز لهما الإيصاء بالمضاربة في حصّة القصير من تركتهما بأحد الوجهين، كما أنّه يجوز ذلك لكلّ منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه، بأن يتّجر الوصيّ به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصّة الميّت في المصارف المعيّنة للثلث، بل وكذا يجوز[٣] الإيصاء[٤] منهما بالنسبة إلى حصّة الكبار[٥] أيضاً، ولا يضرّ كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدّة؛ لأنّه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها، كما أنّ الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير، فإنّ له أن يفسخ أو يجيز، وكذا يجوز لهما الإيصاء بالاتّجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ أو أقلّ، وأمّا إذا جعل المدّة أزيد فيحتاج إلى الإجازة[٦] بالنسبة إلى الزائد. ودعوى عدم صحّة هذا النحو من الإيصاء؛ لأنّ الصغير لامال له حينه وإنّما ينتقل إليه بعد الموت ولا دليل على صحّة الوصيّة العقديّة في غير التمليك، فلا يصحّ أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت، مدفوعة،

---

١. مع الشرط السابق، ومع الإيكال إلى الوصيّ يجب عليه مراعاة الغبطة والمصلحة، وكذا الحال في الإيصاء بالمضاربة بحصّة القصير. (**خميني**).

٢. بل للأب والأُمّ والجدّ مع رعاية المصلحة، كما أنّ مع الإيكال على الوصي، عليه رعاية المصلحة، وكذا الحال في الإيصاء بحصّة القصير. (**صانعي**).

٣. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. فيه إشكال بل منع، وكذا في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

٥. لم يتّضح المراد منه، فإنّ الظاهر بملاحظة عطفه على السابق أنّه يجوز الإيصاء بالمضاربة بمالهم بإيقاع الوصيّ عقد المضاربة في مالهم، وهذا لا وجه له. نعم إيقاع العقد الفضولي لا بأس به، لكنّه غير مراد، وإن كان المراد إيقاع المضاربة بالإيصاء في مالهم فهو أشكل. (**خميني ـ صانعي**).

٦. بل في كفاية الإجازة من دون إيقاع عقد المضاربة إشكال. (**لنكراني**).

بالمنع، مع أنّه الظاهر[١] من خبر خالد بن بكر الطويل في قضيّة ابن أبي ليلى وموثّق محمّد بن مسلم المذكورين في باب الوصيّة، وأمّا بالنسبة إلى الكبار[٢] من الورثة فلا يجوز بهذا النحو؛ لوجوب العمل بالوصيّة وهو الاتّجار، فيكون ضرراً عليهم[٣] من حيث تعطيل حقّهم من الإرث وإن كان لهم حصّتهم من الربح، خصوصاً إذا جعل حصّتهم أقلّ من المتعارف.

الحادية عشر: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير[٤]، فالظاهر عدم ضمانه، وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر.

الثانية عشر: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً، ثمّ فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة إلى حصّة الآخر أو تنفسخ من الأصل؟ وجهان، أقربهما[٥] الانفساخ[٦]. نعم لو كان مال كلّ منهما متميّزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

الثالثة عشر: إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به إلى سنة مثلاً، فإن تلف ضمن، ولا يستحقّ المالك عليه غير أصل المال وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير.

الرابعة عشر: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً،

---

١. وهذا هو العمدة. (**خميني ـ صانعي**).

٢. عدم الجواز في مالهم لعدم نفوذ وصيّته في مالهم، وعدم دليل على النفوذ فيه لاختصاص الروايتين بمال الصغير. (**خميني**).

٣. هذا الوجه مشترك بين الصغار والكبار فيكون مقتضياً لعدم الجواز بالنسبة إلى الصغار أيضاً إلّا انّ وجود النصّ فيهم دون الكبار هو المجوّز كما مرّ. (**صانعي**).

٤. ولا تسامح للردّ إلى أربابه، وكذا في الفرع التالي. (**خميني ـ صانعي**).

٥. محلّ إشكال. (**خميني**).

ـ وجه الأقربية غير واضح. (**لنكراني**).

٦. بل أقربهما عدمه. (**خوئي ـ صانعي**).

فكلّ ربح حصل يكون بينهما وإن حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس، فالظاهر الصحّة[١]، وربما يستشكل بأنّه خلاف وضع المضاربة، وهو[٢] كما ترى.

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً، كما لو قال: لا تشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلاً، فاشتراه جهلاً، فالشراء فضولي[٣] موقوف على إجازة المالك، وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنّه بمنزلة النهي عنه ولعلّ منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك، وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة، بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لوعرض على التجّار حكموا بخطائه.

السادسة عشر: إذا تعدّد العامل، كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً، فإمّا أن يميّز حصّة كلّ منهما من رأس المال كأن يقول: على أن يكون لكلّ منه نصفه، وإمّا لا يميّز، فعلى الأوّل الظاهر عدم اشتراكهما

---

١. محلّ تأمّل. (**خميني**).

٢. بل هو في محلّه، بل لا يبعد البطلان فيما هو المفروض من وحدة المضاربة. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال لأنّه وإن كان مقتضى القاعدة، إلّا أنّ إطلاق جملة من النصوص الواردة في بيان حكم مخالفة العامل لما عيّن له شرطاً أو قيداً يعمّ المخالفة غير العمدية أيضاً. نعم شراء من ينعتق على المالك خارج عن عمل المضاربة بلا إشكال، إذ لا تصحّ المضاربة فيه مع إذن المالك فضلاً عن عدمه. (**خوئي ـ صانعي**).

ـ والاستشكال في ذلك نظراً إلى إطلاق جملة من النصوص الواردة في بيان حكم مخالفة العامل لما عيّن له، الدالّة على كون الربح بينهما والوضيعة على العامل، وشمولها للمقام وعدم اختصاصها بخصوص المخالفة العمديّة لعلّه في غير محلّه؛ لعدم ثبوت الإطلاق لها بحيث يشمل ما هنا. (**لنكراني**).

في الربح والخسران والجبر إلّا مع الشرط[١]؛ لأنّه بمنزلة تعدّد العقد، وعلى الثاني يشتركان فيها، وإن اقتسما بينهما فأخذ كلّ منهما مقداراً منه، إلّا أن يشترطا عدم الاشتراك فيها[٢]، فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر ولم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر، بل لو عمل أحدهما وربح ولم يشرع الآخر[٣] بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكاً، وإن لم يصدر[٤] منه عمل؛ لأنّه مقتضى الاشتراك في المعاملة، ولا يعدّ هذا من شركة الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة، فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة، كما أنّ النظير داخل في عنوان الإجارة.

السابعة عشر: إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة، فاشترى نسيئة وباع كذلك، فهلك المال فالدين في ذمّة المالك، وللديّان إذا علم بالحال أو تبيّن له بعد ذلك الرجوع على كلّ منهما، فإن رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالك، ودعوى: أنّه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمّته، مدفوعة، بأنّ مقتضى المعاملة ذلك، خصوصاً في المضاربة، وسيّما إذا علم أنّه عامل يشتري للغير، ولكن لم يعرف ذلك الغير أنّه من هو ومن أيّ بلد، ولو لم يتبيّن للديّان أنّ الشراء للغير

---

١. صحّة هذاالشرط وكذاالشرط الآتي محلّ إشكال.نعم لايبعد صحّةشرط إعطاء ماله منالربحإلىصاحبه، أو شرط جبران ما خسر من كيسه، بل لا يبعد صحّة شرطهما على نحو النتيجة في الفرعين. (**خميني**).

ـ بل مع الشرط أيضاً على ما تقدّم. (**خوئي**).

ـ بل ومع الشرط أيضاً، إلّا أن يرجع إلى شرط الإعطاء أو الجبران، وكذا في الفرض الآتي، فإنّ صحّة الشرط فيه أيضاً محلّ إشكال بل منع. (**لنكراني**).

٢. في صحّة هذا الشرط إشكال بل منع. (**خوئي**).

٣. لعدم مجيء وقت العمل، لا لتعطيله مع كونه وقته وبعده، فهو محلّ إشكال مطلقاً. (**خميني**).

ـ لعدم مجيء وقت العمل لا لتعطيله مع كون وقته أو بعده فهو محلّ إشكال. (**صانعي**).

٤. لعدم مجيء وقته، وإلّا فمحلّ إشكال. (**لنكراني**).

يتعيّن له الرجوع على العامل في الظاهر، ويرجع هو على المالك.

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمّي، خصوصاً إذا كان هو العامل؛ لقوله عليه السلام: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمّي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة ولا يصافيه المودّة» وقوله عليه السلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، إلّا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم» ويمكن[1] أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

التاسعة عشر: الظاهر صحّة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلّياً، فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصيّة، فيجوز إيقاعهما العقد على كلّي ثمّ تعيينه في فرد، والقول بالمنع لأنّ القدر المتيقّن العين الخارجي من النقدين ضعيف[2]، وأضعف منه احتمال المنع حتّى في الكلّي في المعيّن، إذ يكفي في الصحّة العمومات.

متمّم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به ثمّ دفع إليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر؛ لأنّه مضاربة واحدة، وأمّا لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أُخرى[3]، فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الأُخرى؛ لأنّهما

---

١. غير معلوم. (**خميني ـ صانعي**).

٢. لا يبعد قوّة هذا القول؛ لأنّ صحّة عقد المضاربة تحتاج إلى دليل خاصّ ولا يكفي فيها العمومات، ولا دليل على جواز ذلك بل ما دلّ على عدم جواز المضاربة في الدين حتّى يقبضه دليل على العدم. نعم لا بأس بالمضاربة في الكلّي في المعيّن لشمول أدلّتها لها. (**خوئي**).

٣. هذا يتصور على نحوين:

أحدهما: أن تكون الثانية مضاربة مستقلّة في مقابل الأُولى، كما إذا فرض أنّ في المضاربة الأُولى كان الربح بينهما على النصف وفي الثانية كان على الثلث، ففي هذه الصورة لا أثر للمزج.

الثاني: أن تكون الثانية بنحو التتميم للأُولى فعندئذٍ كانتا مضاربة واحدة فلا فرق أيضاً بين صورة المزج وعدمه. (**خوئي**).

في قوّة مضاربتين. نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

فصل

[في أحكام الشركة]

وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد؛ ملكاً أو حقّاً، وهي إمّا واقعيّة قهريّة، كما في المال أو الحقّ الموروث، وإمّا واقعيّة اختياريّة من غير استناد إلى عقد كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك أو حفرا بئراً أو اغترفا ماء أو اقتلعا شجراً، وإمّا ظاهريّة قهريّة[1]، كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما، ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميّز أحدهما[2] من الآخر، سواء كانا من جنس واحد

---

١. لا معنى للشركة الظاهرية، مع العلم بعدم الاشتراك واقعاً، فالصحيح ـ في موارد الامتزاج القهري أو الاختياري ـ أنّ الشركة واقعية إذا كان الممتزجان يعدّان شيئاً واحداً عرفاً، وإلّا فلا شركة أصلاً كخلط الدراهم بمثلها. (**خوئي**).

٢. ميزان الشركة الواقعية في مثل الامتزاج هو رفع الامتياز واقعاً بحسب نظر العرف وإن لم يكن كذلك عقلاً، ففي مثل مزج المائعين المتماثلين تكون واقعيّة، وكذا في غير المتماثلين غالباً، وفي مثل مزج الحبّات الصغيرة كالخشخاش والسمسم لا يبعد ظاهريّتها؛ إذا كانا متجانسين، وعدم الشركة في غيرهما، وفي الجامدات الناعمة كالدقيق محلّ تأمّل لا يبعد ظاهريّتها، والأحوط التخلّص بمثل الصلح في خلط الجوز بالجوز واللوز باللوز وفي مثل الدراهم والدنانير المتماثلات. (**خميني ـ صانعي**).

ـ إن كان عدم التميّز بنحو لا يرى العرف وجوده واقعاً فالشركة واقعيّة، كما في امتزاج المايعين المتماثلين، بل غير المتماثلين، كما في امتزاج الماء مع الجلّاب، وإلّا فلا معنى للشركة الظاهرية، بل اللازم الرجوع إلى الصلح أو القرعة، كما في اختلاط الجوز بالجوز والدراهم والدنانير بمثلهما. (**لنكراني**).

كمزج حنطة بحنطة أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللوز بدهن الجوز أو الخلّ بالدبس، وإمّا ظاهريّة اختياريّة كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإنّ مال كلّ منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختصّ كلّ منهما بماله، وأمّا الاختلاط مع التميّز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة، وإمّا واقعيّة مستندة إلى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها، وإمّا واقعيّة منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه، ويسمّى عندهم بالتشريك وهو صحيح لجملة من الأخبار، وإمّا واقعيّة منشأة بتشريك كلّ[1] منهما الآخر في ماله ويسمّى هذا بالشركة العقديّة ومعدود من العقود، ثمّ إنّ الشركة قد تكون في عين وقد تكون في منفعة وقد تكون في حقّ، وبحسب الكيفيّة: إمّا بنحو الإشاعة وإمّا بنحو الكلّي في المعيّن[2]، وقد تكون على وجه[3] يكون كلّ من الشريكين أو الشركاء مستقلّاً في التصرّف كما في شركة الفقراء[4] في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة ونحوها.

---

١. ظاهره أنّ مجرّد إنشاء التشريك يوجب تحقّق الشركة الحقيقيّة، وهي كون شيء واحد لاثنين أو أزيد، مع أنّ تحقّقها بدون الخلط والامتزاج محلّ تأمّل بل منع، كما سيأتي، ومع حصول الاختلاط لا حاجة إلى الإنشاء، وعليه فالشركة العقدية في مقابل سائر أنواع الشركة غير ثابتة، إلّا أن يكون أثرها مجرّد الإباحة والإذن في التصرّف، كما يؤمئ إليه ما سيأتي من كون الفسخ مؤثّراً في ارتفاع الإذن والإباحة فقط. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال. (**خميني**).

٣. ليس الباب في أمثالها باب الشركة، بل الباب باب المصرف والمورد، كما حقّق في محلّه. (**صانعي**).

٤. في كون الأمثلة من قبيل ما ذكره إشكال بل منع. (**خميني**).

(**مسألة ١**): لا تصحّ الشركة العقديّة إلّا في الأموال[١] بل الأعيان، فلا تصحّ في الديون،

١. في حصر الصحّة في الأموال تأمّل وإشكال، ولا تبعد الصحّة في كلّ مورد يمكن أن تتحقّق الشركة العقدية فيه عرفاً في المنافع والوجوه والمفاوضة والأعمال؛ قضاءً لبناء العقلاء وعموم آيتي الوفاء بالعقود وتجارة عن تراضٍ وغيرهما من عمومات العقود والشروط والمعاملات، وما في الجواهر من الإشكال في التمسّك بالآيتين باختصاصهما بما ثبت التكسّب به شرعاً[أ] ففيه: مضافاً إلى منافاة ذلك لتمسّكه وتمسّك غيره من الفقهاء قديماً وحديثاً بعمومهما في المعاملات والعقود، كما يظهر للمراجع إلى الجواهر وغيره، ولو في مبحث واحد منهما، أنّه يكون مخالفاً لظاهر الآيتين، فإنّهما عامتان شاملتان لجميع العقود حتّى ما سيحدث في الأزمنة المستقبلة. والاستدلال للحصر بالإجماع، كما في الخلاف والغنية والسرائر والمختلف والتذكرة والرياض وغيرها. ففيه ما لا يخفى من كونه في مسألة اجتهادية، لا تعبّدية؛ لما في الخلاف من استدلاله على بطلان شركة الأبدان بإجماع الفرقة وأخبارهم، وعلى بطلان شركة الوجوه والمفاوضة بعدم الدليل على صحّتها، وأنّ انعقاد الشركة حكم شرعي محتاج إلى دلالة شرعيّة وبالنهي عن الغرر. ومن استدلال الرياض على البطلان في الثلاثة بعد نقله الإجماع من عدّة من الكتب الفقهية كالغنية والانتصار والمختلف وغيرها، بقوله «وهو الحجّة مضافاً إلى الأصل وحديث نفي الغرر والضرر، مع عدم دليل على الصحّة من كتاب أو سنّة سوى الأمر بالوفاء بالعقود والشروط، وهو ليس على ظاهره في الشركة؛ لأنّها من العقود الجائزة، كما سيأتي إليه الإشارة[ب]».

ومع كون المسألة ذات اجتهادات كثيرة واسعة، التمسّك فيها بالإجماع وإن كان محصلاً كما ترى، فضلاً عن كونه منقولاً، هذا مع ما يظهر من مجمع الفائدة والبرهان الترديد في أصل الإجماع، ففيه: «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو وإلّا فلا مانع»[ج]. ولقد أجاد في تحقيقه وجزمه بعدم الدليل على البطلان سوى الإجماع، كما يظهر للمتأمّل في أدلّتهم. وممّا يؤيد الصحّة في جميع أنواع الشركة أنّها بعدما كانت عقلائية، احتياج الردع لمثل تلك البناء على أدلّة واضحة ظاهرة، لا مثل نفي الغرر والضرر، ممّا لا يكون ملازماً مع جميع أنواع الشركة، مضافاً إلى كون دلالتهما بالإطلاق، لا بالظهور اللفظي والصراحة، نعم لابدّ من رعاية نفي الخطر والضرر بتعيين المدّة وغيرها في الشركة كغيرها من العقود، فإنّ المعاملات الغررية الخطرية، مضافاً إلى كونها منهية بنفي الغرر والضرر، ليست بعقلائية، كما لا يخفى. وبما ذكرنا يظهر حكم ما في المسائل الآتية. (**صانعي**).

(أ) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦.
(ب) رياض المسالك ٩: ٣٢٢.
(ج) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٩٣.

فلو كان لكلّ منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كلّ منهما بينهما لم يصحّ، وكذا لا تصحّ في المنافع، بأن كان لكلّ منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كلّ منهما بينهما بالنصف مثلاً، ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار.

وكذا لا تصحّ شركة الأعمال وتسمّى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أُجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما، سواء اتّفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معيّن أو في كلّ ما يعمل كلّ منهما ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعيّنة أو منافعه إلى مدّة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معيّن وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض.

ولا تصحّ أيضاً شركة الوجوه[1]، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كلّ منهما في ذمّته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه ويؤدّيان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما، وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكّل كلّ منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمّتهما.

وشركة المفاوضة أيضاً باطلة، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كلّ ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصيّة أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كلّ غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما، فانحصرت الشركة العقديّة الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً وتسمّى بشركة العنان.

(**مسألة ٢**): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأُجرة معلومة صحّ، وكانت الأُجرة مقسّمة عليهما بنسبة عملهما، ولا يضرّ الجهل بمقدار حصّة كلّ منهما حين العقد؛ لكفاية معلوميّة المجموع، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال، فهو كما لو استأجر كلّاً منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أُجرتهما، ولو اشتبه مقدار عمل كلّ

---

١. ما فسّرها به هو أشهر معانيها على ما حكي. (**خميني ـ صانعي**).

منهما فإن احتمل التساوي[١] حمل عليه[٢]؛ لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر[٣] وإن علم[٤] زيادة أحدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد، ويحتمل[٥] الصلح القهري.

(**مسألة ٣**): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معاً شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً، فإن ملّك كلّ منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلّا فلكلّ منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوّة والضعف، ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة[٦]، وربما يحتمل التساوي[٧] مطلقاً؛ لصدق اتّحاد فعلهما في السببيّة واندراجهما في قوله: «من حاز ملك»[٨] وهو كما ترى.

(**مسألة ٤**): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقديّة مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه: امتزاج المالين[٩] سابقاً على

---

١. الأحوط التصالح في هذه الصورة، بل لا يخلو عن قوّة، كما أنّ الأحوط إن لم يكن أقوى فيما علم الزيادة، القرعة. (**صانعي**).

٢. الأحوط التصالح، وأمّا أصله فغير أصيل. (**خميني**).

ـ والأحوط التصالح، ولا مجال لأصالة عدم الزيادة، لعدم جريانها ذاتاً على بعض الوجوه، وللمعارضة على البعض الآخر. (**لنكراني**).

٣. لا مجرى لها، لأنّها معارضة بأصالة عدم تساويهما في العمل، فالأحوط الرجوع إلى الصلح.(**خوئي**).

٤. ولم يعلم مستحقّ الزيادة. (**لنكراني**).

٥. والأحوط التصالح. (**لنكراني**).

٦. مرّ الاحتياط. (**خميني**).

ـ مرّ الكلام منّا فيه. (**صانعي**).

٧. لا يبعد ذلك. (**خوئي**).

٨. هذه الجملة لم نعثر عليها في الروايات بل الوارد فيها قوله عليه السلام: «للعين ما رأت وللّيد ما أخذت». (**خوئي**).

٩. قد مرّ الإشكال في الشركة العقدية وكذا في الشركة الظاهرية، وأنّ الملاك في الشركة هو الامتزاج بنحو ما مرّ. (**لنكراني**).

العقد أو لاحقاً بحيث لا يتميّز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعة اتّحادهما في الجنس والوصف، والأظهر عدم اعتباره، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميّز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر[١]، بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامّة كقوله تعالى[٢]: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(أ)، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وغيرهما، بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً؛ عملاً بالعمومات.

---

١. مع رفع الامتياز، ولا يكفي امتزاج الحنطة بالشعير على الأحوط. (**خميني**).

٢. لا ظهور له أوّلاً، فإنّ الشيخ في الخلاف لم يدّعيه ولم يستدلّ به، بل استدلّ بالقدر المتيقّن والمجمع عليه، حيث استدلّ على انعقاد الشركة مع التماثل في الجنس والصفة ومع الامتزاج والإذن في التصرّف، خلافاً لأبي حنيفة من حصولها بالقول بدون الاختلاط، بما هذا لفظّه: «دليلنا: إنّ ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به وليس على انعقادها بما قاله دليل فوجب بطلانه» انتهى(ب). وكيف يكون له ظهور مع أنّ العلّامة في المختلف بعد نقله عبارة ابن الجنيد قال: «وهو يشعر بأنّ العقد والافتراق يقومان مقام المزج وفيه نظر والأجود أنّه لا شركة إلّا بالامتزاج»(پ) ففي التعبير بالأجود إشعار، بل ظهور في عدم الإجماع في المسألة ولا إجماع على تحققه على الشرطية ثانياً، فإنّ اعتبارهم الامتزاج من حيث إنّه سبب للشركة، كالإرث وغيره، لا بما هو هو. ففي الشرائع الذي هو قرآن الفقه «وكل مالين، مزج أحدهما بالآخر، بحيث لا يتميزان، تحقّقت فيهما الشركة اختياراً كان المزج أو اتّفاقاً ـ إلى أن قال ـ: أمّا ما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد، فلا يتحقّق فيه بالمزج، بل قد يحصل بالارث أو أحد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب»(ج). وفي القواعد: «وسبب الشركة قد يكون إرثاً أو عقداً او مزجاً أو حيازة»(د). وفي التذكرة: «فلو امتزج المالان برضاهما حصلت الشركه الاختيارية وإن لم يكن هناك لفظ»(هـ). (**صانعي**).

(أ) المائدة (٥): ١.

(ب) الخلاف ٣: ٣٢٨، كتاب الشركة، المسألة ٣.

(پ) مختلف الشيعة ٦: ٢٠١، كتاب الشركة، المسألة ١٥١.

(ج) شرائع الإسلام ٢: ١٠٥، كتاب الشركة، طبع دار التفسير.

(د) قواعد الأحكام ٢ : ٣٢٥.
(هـ) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢٢١.

ودعوى: عدم كفايتها لإثبات ذلك، كما ترى، لكن الأحوط[١] مع ذلك أن يبيع كلّ منهما حصّة ممّا هو له بحصّة ممّا للآخر أو يهبها كلّ منهما للآخر أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقّن، هذا. ويكفي في الإيجاب والقبول كلّ ما دلّ على الشركة من قول أو فعل.

(**مسألة ٥**): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين[٢]، ومع زيادة فبنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً، سواء كان العمل من أحدهما أو منهما مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرّع أو أجير. هذا مع الإطلاق، ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولاخلاف على الظاهر عندهم في صحّته، أمّا لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد، ففي صحّة الشرط والعقد، وبطلانهما، وصحّة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الإطلاق أقوال، أقواها الأوّل[٣]، وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد، وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ودعوى: أنّه مخالف لمقتضى العقد، كما ترى[٤]. نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأنّ جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل، ودعوى: أنّ العمل بالشرط غير لازم؛ لأنّه في عقد جائز[٥].

---

١. لا يترك. (**خميني**).
٢. أو في غيرهما ممّا مرّ صحّة الشركة فيه. (**صانعي**).
٣. بل أقواها الثالث، وكذا الحال فيما بعده. (**خوئي**).
٤. لكنّه من الشرط المخالف للسنّة، فإن تملّك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف لها، والشرط لا يكون مشرّعاً لحكم غير مشروع، وبذلك يظهر بطلان اشتراط كون تمام الربح أو الخسارة من أحدهما. (**خوئي**).
ـ كما أنّ دعوى كونه مخالفاً للسنّة أيضاً كذلك. (**لنكراني**).
٥. ما يكون جائزاً، هو الشركة الحاصلة بالامتزاج ومثله، حيث إنّ للمالك إفراز ماله، وأمّا الشركة العقدية المتضمّنة للتجارة بالمال أو الشركة في العمل أو غيرهما، ممّا مرّت الصحّة فيه، فالظاهر لزومه؛ قضاءً لعموم مثل: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١]، وعليه، فلابدّ من تعيين المدّة لئلا يلزم

الغرر. (**صانعي**).

(أ) المائدة (٥) : ١.

مدفوعة، أوّلاً: بأنّه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته، وثانياً: بأنّ غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به، وليس معنى الفسخ حلّ العقد من الأوّل بل من حينه، فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين. هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل[١] العقد[٢]؛ لأنّه خلاف مقتضاه. نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحّته؛ لعدم كونه منافياً.

(**مسألة ٦**): إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كلّ منهما أو مع انضمامهما فهو المتّبع، ولا يجوز التعدّي، وإن أطلقا لم يجز لواحد[٣] منهما التصرّف إلّا بإذن الآخر، ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فإن كان مقيّداً بنوع خاصّ من التجارة لم يجز التعدّي عنه، وكذا مع تعيين كيفيّة خاصّة، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفيّة، ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز[٤] البيع بالنسيئة[٥]، بل ولا الشراء بها ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدّى عمّا عيّن له أو

---

١. الفرق بين هذه الصورة وبين الصورة السابقة غير واضح. (**لنكراني**).

٢. بل صحّ الشرط، فضلاً عن العقد لعموم «المؤمنون عند شروطهم» وليس مخالفاً لمقتضى العقد، بل مخالف لإطلاقه، كشرط زيادة الربح لغير العامل أو لمن لم يكن عمله أزيد، فإنّ «الناس مسلطون على أموالهم» يريد وصول كلّ ربح ماله إلى الغير وليس أكلاً بالباطل، للسلطة ولما يتعلّق به غرض عقلائي كترغيب العامل على التجارة مثلاً. (**صانعي**).

٣. إذا كان التصرّف مفتقراً إلى إذن جديد، فما الذي يترتّب على عقد الشركة من الأثر. (**لنكراني**).

٤. إلّا إذا كان متعارفاً، وكذا فيما بعده. (**لنكراني**).

٥. مع عدم التعارف، وكذا حال السفر، فالموارد مختلفة. (**خميني ـ صانعي**).

عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف[١]، ولكن يبقى الإذن[٢] بعد التعدّي أيضاً، إذ لا ينافي الضمان بقاءه، والأحوط[٣] مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة.

(**مسألة ٧**): العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرّط أو يتعدّى.

(**مسألة ٨**): عقد الشركة من العقود الجائزة[٤]، فيجوز لكلّ من الشريكين فسخه؛ لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأوّل أو من حينه بحيث تبطل[٥] الشركة، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كلّ منهما عن الإذن في التصرّف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبة القسمة، وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كلّ منهما مأذوناً لم يجز التصرّف للآخر، ويبقى[٦] الجواز بالنسبة إلى الأوّل، وإذا رجع كلّ منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما، وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر، وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة[٧] في الربح أو نقصاناً في الخسارة

---

١. لو أجاز الشريك معاملة شريكه المتعدّي فلا ضمان في الخسارة، وإلّا بطلت المعاملة في حصّته، ويرجع بعين ماله أو ببدله. (**خوئي**).

٢. إلّا إذا كان مقيّداً بالعدم. (**لنكراني**).

٣. لا يترك. (**لنكراني**).

٤. بل من العقود اللازمة، كما مرّ، فلا يجوز لأحدهما الرجوع عن الإذن أو عن التجارة بالمال المشترك أو عن الزيادة أو النقيصة في الربح أو الخسران، بل المتّبع في جميع الأحكام المذكورة، العقد والشرط. (**صانعي**).

٥. الظاهر بطلان عقد الشركة وبقاء الشركة الناشئة من الامتزاج، ففي مثل مزج اللوز باللوز والجوز بمثله والدراهم والدنانير بمثلهما ينفسخ العقد ويرجع كلّ مال إلى صاحبه فيتخلّص فيه بالتصالح، كما قبل العقد لو حصل الامتزاج. (**خميني**).

٦. كيف يجتمع الحكم بأنّ الشركة من العقود، وكون أثرها المرتفع بالفسخ هو الإذن مع كون الفسخ مؤثّراً بالنسبة إلى المفسوخ عليه فقط، بحيث إذا رجع أحدهما كان الإذن باقياً بالإضافة إليه. (**لنكراني**).

٧. تقدّم بطلان هذا الشرط. (**خوئي**).

يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

(**مسألة ٩**): لو ذكرا في عقد الشركة أجلاً لا يلزم[١]، فيجوز لكلّ منهما الرجوع قبل انقضائه إلّا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً[٢].

(**مسألة ١٠**): لو ادّعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيّنة.

(**مسألة ١١**): إذا ادّعى العامل التلف، قُبل قوله مع اليمين؛ لأنّه أمين.

(**مسألة ١٢**): تبطل الشركة[٣] بالموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه، بمعنى أنّه لا يجوز للآخر التصرّف، وأمّا أصل الشركة فهي باقية. نعم يبطل[٤] أيضاً ما قرّراه[٥] من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك، إذا تبيّن[٦] بطلان الشركة، فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحّة ويكون الربح على نسبة المالين؛ لكفاية الإذن المفروض حصوله. نعم لو كان مقيّداً بالصحّة تكون كلّها فضوليّاً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيّداً، ولكلّ منهما أُجرة[٧] مثل عمله بالنسبة إلى حصّة الآخر، إذا كان العمل منهما، وإن كان من أحدهما فله أُجرة مثل عمله.

---

١. بل يلزم، ويكون ذكره وشرطه لازماً في عقد الشركة، دفعاً للغرر، كما مرّ. (**صانعي**).

٢. باللزوم التكليفي. (**لنكراني**).

٣. إذا كانت غير عقدية، وأمّا العقدية فقد مضت أنّها لازمة. (**صانعي**).

٤. محلّ تأمّل. (**خميني**).

٥. تقدّم أنّ هذا الشرط في نفسه باطل ولو كان عقد الشركة صحيحاً. (**خوئي**).

ـ بل لا يبطل في العقدية للزوم الشرط والعقد. (**صانعي**).

٦. والظاهر أنّ الصحيح بحسب العبارة «وإذا» بحيث تكون الواو للاستئناف، والمقصود تبيّن بطلان الشركة من رأس. (**لنكراني**).

٧. لا وجه لثبوت أُجرة المثل في الفضولي مع عدم جعل شيء في مقابل العمل كما هو المفروض. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٣**): إذا اشترى أحدهما متاعاً وادّعى: أنّه اشتراه لنفسه، وادّعى الآخر: أنّه اشتراه بالشركة، فمع عدم البيّنة القول قوله مع اليمين؛ لأنّه أعرف بنيّته، كما أنّه كذلك لو ادّعى: أنّه اشتراه بالشركة، وقال الآخر: إنّه اشتراه لنفسه، فإنّه يقدّم قوله أيضاً؛ لأنّه أعرف

كتاب المزارعة

[فصل]

[في معنى المزارعة وشرائطها وأحكامها]

وهي المعاملة على الأرض[1] بالزراعة بحصّة من حاصلها، وتسمّى مخابرة أيضاً، ولعلّها من الخبرة بمعنى النصيب، كما يظهر من «مجمع البحرين» ولا إشكال في مشروعيّتها، بل يمكن دعوى استحبابها؛ لما دلّ على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعمّ من المباشرة والتسبيب.

ففي خبر الواسطي قال: سألت جعفر بن محمّد عليهما السلام عن الفلّاحين قال: «هم الزارعون كنوز الله في أرضه وما في الأعمال شيء أحبّ إلى الله من الزراعة وما بعث الله نبيّاً إلّا زارعاً إلّا إدريس عليه السلام فإنّه كان خيّاطاً».

وفي آخر عن أبي عبدالله عليه السلام: «الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيّباً أخرجه الله وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين».

وفي خبر عنه عليه السلام قال: «سُئل النبيّ صلى الله عليه وآله، أيّ الأعمال خير؟ قال: «زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وأدّى حقّه يوم حصاده»، قال: فأيّ الأعمال بعد الزرع؟ قال: «رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة»، قال: فأيّ المال بعد الغنم خير؟ قال: «البقر يغدو بخير ويروح بخير»، قال: فأيّ المال بعد البقر خير؟ قال: «الراسيات في

---

١. هذا من شرح الإسم، وأمّا ماهيتها؛ فهل هي من سنخ المشاركات أو المعاوضات أو تعهد من كلّ منهما بأمر مرتبط بالآخر من تعهّد المالك تسليم الأرض وجعلها في يد العامل للزراعة وتعهّد العامل بالزراعة مع كون الحاصل بينهما على نحو خاصّ، من النصف أو الثلث وغيرهما، احتمالات ووجوه أوجهها الأخير. (**صانعي**).

الوحل المطعمات في المحل، نِعْمَ المال النخل، مَن باعها فإنّما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدّت به الريح في يوم عاصف إلّا أن يخلّف مكانها»، قيل: يا رسول الله ﷺ: فأيّ المال بعد النخل خير؟ فسكت، فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: «فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار تغدو مدبرة وتروح مدبرة، لا يأتي خيرها إلّا من جانبها الأشأم، أما إنّها لا تعدم الأشقياء الفجرة».

وعنه عليه السلام: «الكيمياء الأكبر الزراعة».

وعنه عليه السلام: «إنّ الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء».

وعنه عليه السلام أنّه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون: إنّ المزارعة مكروهة، فقال: «ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحلّ ولا أطيب منه».

ويستفاد[1] من هذا الخبر ما ذكرنا[2] من أنّ الزراعة أعمّ من المباشرة[3] والتسبيب،

---

١. على تقدير كون الموضوع هي المزارعة، وأمّا على تقدير كونه هي الزراعة كما في محكي النسخ الموجودة من كتب الأخبار المعروفة فلا مجال لهذه الاستفادة. (**لنكراني**).

٢. لا يستفاد ذلك؛ لأنّ المذكور في الخبر: «أسمع قوماً يقولون: إنّ الزراعة مكروهة». (**خوئي**).

ـ لكن السؤال في الخبر[أ] ليس عن المزارعة، بل عن الزراعة، ونقل الخبر، كما في المتن غير موجود في كتب الحديث، وأمّا الموجود فيها من الوسائل والوافي ومرآة العقول والتهذيب والكافي والفقيه، قوله: «جعلت فداك أسمع قوماً يقولون إنّ الزراعة مكروهة»، والعجب من المتن من نقله الخبر كذلك مع ما عرفت، ومع أنّ الحديث غير منقول في شيء من تلك الكتب في كتاب المزارعة منها إلّا الوسائل، ففي الكافي، في كتاب المعيشة باب فضل الزراعة، وفي الفقيه، في باب بيع الثمار، وفي التهذيب، في كتاب المكاسب ونقله تارة أُخرى في الزيادات من كتاب التجارة، وفي الوافي، في كتاب المعايش أبواب وجوه المكاسب في باب فضل الزراعة والغرس واتّخاذ الأنعام. (**صانعي**).

٣. لكن في النسخ التي عندي من «الوسائل» و«مستدركه» و«مرآة العقول»: «أسمع قوماً يقولون: إنّ الزراعة مكروهة»، فيخرج عن استفادة ماذكره. (**خميني**).

(أ) وسائل الشيعة ١٩: ٣٢، أبواب استحباب الزرع، الباب ٣، الحديث ١.

وأمّا ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النّبي ﷺ: أنّه نهى عن المخابرة، قال: «وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع»، فلابدّ من حمله على بعض المحامل؛ لعدم مقاومته لما ذكر[١].

وفي «مجمع البحرين»: وما روي من أنّه ﷺ نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها.

ويشترط فيها أُمور:

أحدها: الإيجاب والقبول، ويكفى فيهما كلّ لفظ دالّ، سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة كزارعتك أو سلّمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا، ولا يعتبر فيهما العربيّة ولا الماضويّة، فيكفي الفارسي وغيره، والأمر كقوله: ازرع هذه الأرض على كذا، أو المستقبل، أو الجملة الاسميّة مع قصد الإنشاء بها، وكذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول ويصحّ الإيجاب من كلّ من المالك والزارع، بل يكفي[٢] القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي على الأقوى، وتجري فيها المعاطات وإن كانت لا تلزم[٣] إلّا بالشروع في العمل.

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه أو فلس ومالكيّة التصرّف في كلّ

---

١. الرواية ضعيفة، وتقدّم أنّه ليس فيما ذكر دلالة على الاستحباب. (**خوئي**).

٢. فيه إشكال. (**لنكراني**).

٣. حال المعاطاة حال العقد بالصيغة في اللزوم والجواز ظاهراً كما مرّ. (**خميني**).

ـ فيه إشكال واللزوم غير بعيد. (**خوئي**).

ـ حال المعاطاة حال العقد بالصيغة في اللزوم والجواز، قضاءً لعموم أدلّة تلك العقود وإطلاقها، فما كان من العقد بالصيغة لازماً فكذلك معاطاته كالبيع مثلاً، وما كان منه بها جائزاً كالعارية فكذلك معاطاته. (**صانعي**).

ـ اللزوم في المعاطاة لا يتوقّف على شيء، بل هي كالعقد بالصيغة. نعم، قد يكون أصل تحقّقها متوقّفاً على الشروع في العمل، كما في إجارة الحرّ نفسه، وكما هنا بناءً على صدور الإيجاب من الزارع. (**لنكراني**).

من المالك والزارع. نعم لا يقدح[١] حينئذٍ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال؛ لأنّه ليس تصرّفاً ماليّاً.

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكلّ لأحدهما لم يصحّ مزارعة.

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع كالذي حصل أوّلاً والآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما وما حصل من القطعة الأُخرى للآخر لم يصحّ[٢].

الخامس: تعيين الحصّة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها، بطل.

السادس: تعيين المدّة بالأشهر والسنين فلو أطلق بطل. نعم لو عيّن المزروع أو مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحّته، إذا لم يستلزم[٣] غرراً، بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع[٤] أيضاً، إذا كانت الأرض ممّا لا يزرع في السنة إلّا مرّة، لكن مع تعيين السنة لعدم الغرر فيه، ولادليل على اعتبار التعيين تعبّداً والقدر المسلّم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة، وفي صورة تعيين المدّة لابدّ وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع، فلا تكفي المدّة القليلة التي تقصر عن إدراك النماء.

السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج، فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها أو كان يستولي عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفرالبئر أو نحو ذلك، ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل.

---

١. وكذا سفهه في هذه الصورة. (**لنكراني**).

٢. مزارعة، وأمّا مع عدم قصد المزارعة وقصد العقد كذلك يكون صحيحاً ومشمولاً لعمومات العقود والشروط. (**صانعي**).

٣. بأن كان متعيّناً بحسب العادة، وكذا في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

٤. فيه إشكال. (**خميني**).

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل، إلّا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم وحينئذٍ فيتخيّر الزارع بين أنواعه.

التاسع: تعيين الأرض ومقدارها، فلو لم يعيّنها، بأنّها هذه القطعة، أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك، أو لم يعيّن مقدارها، بطل مع اختلافها بحيث يلزم الغرر. نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحّة كأن يقول: مقدار جريب من هذه القطعة، من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها، أو أيّ مقدار[1] شئت منها، ولا يعتبر كونها شخصيّة، فلو عيّن كلّياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر، فالظاهر صحّته وحينئذٍ يتخيّر المالك في تعيينه.

العاشر: تعيين كون البذر على أيّ منهما، وكذا سائر المصارف واللوازم، إذا لم يكن هناك انصراف مغنٍ عنه ولو بسبب التعارف.

(**مسألة ١**): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفي كونه مسلّطاً عليها بوجه من الوجوه[2]، كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجارة[3] أو الوصيّة أو الوقف[4] عليه، أو مسلّطاً عليها بالتولية كمتولّي الوقف العامّ أو الخاصّ والوصيّ، أو كان له حقّ اختصاص بها بمثل

---

١. ليس المراد هذا العنوان بإجماله، بل المراد أيّ مقدار معيّن شئت بنحو الكلّي في المعيّن من الأرض الكذائيّة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ ليس المراد هو هذا العنوان الملازم للجهل بالمقدار، بل المراد هو المقدار المعيّن بنحو الكلّي في المعيّن، والفرق بينه وبين ما قبله مع اشتراكهما في ذلك هو أنّ التعيين في الأوّل بيد المالك وفي الثاني بيد الزارع. (**لنكراني**).

٢. أي المفيدة لملك المنفعة. (**لنكراني**).

٣. مع عدم الاشتراط فيها بانتفاعه مباشرة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ مع عدم اشتراط المباشرة فيها. (**لنكراني**).

٤. فيه مسامحة واضحة، فإنّه في الوقف تكون الأرض ملكاً للموقوف عليه، وبتبعها يكون مالكاً للمنفعة، بخلاف الإجارة والوصية بالمنفعة. (**لنكراني**).

التحجير[١] والسبق ونحو ذلك، أو كان مالكاً للانتفاع بها كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة. نعم لو لم يكن له فيها حقّ أصلاً لم يصحّ مزارعتها، فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإنّ المزارع والعامل فيها سواء. نعم يصحّ الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنّه ليس حينئذٍ من المزارعة المصطلحة، ولعلّ هذا مراد الشهيد في «المسالك» من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجيّة التي هي للمسلمين قاطبة إلّا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، وإلّا فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان كما يدلّ عليه جملة من الأخبار.

(**مسألة ٢**): إذا أذن لشخص[٢] في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما، فالظاهر صحّته[٣] وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة[٤]، بل لا يبعد كونه

---

١. لا يكفي ظاهراً حقّ التحجير في صحّتها، وكذا السبق للإحياء. نعم لا إشكال فيما إذا سبق فأحياها. (**خميني**).

ـ الظاهر عدم كفاية التحجير ونحوه وكذا السبق في صحّتها لأنّهما موجبين للأولوية بالإحياء لا للتسلّط على نقل المنافع إلى الغير ولو بالمزارعة. (**صانعي**).

ـ في الاكتفاء بالتحجير ونحوه نظر وإشكال، وكذا في جواز استعارة الأرض للمزارعة. (**لنكراني**).

٢. إذا كان مالك الأرض قاصداً بذلك إنشاء عقد المزارعة صحّ ولزم بقبول الزارع ولو قبولاً فعلياً، وأمّا إذا كان قاصداً مجرّد الإباحة لم يصحّ بعنوان المزارعة، وبذلك يظهر الحال في الفروض الآتية. (**خوئي**).

٣. إن لم يكن من المزارعة فصحّته محلّ تأمّل وإشكال، لكن كونه منها كما في المتن غير بعيد، وكذا لو أذن عامّاً، وليس ذلك من الجعالة ولا نظيرها، وكذا الإذن في الخان والحمّام غير شبيه بالجعالة، بل الظاهر أنّه إباحة بالعوض أو إذن بالإتلاف مضموناً، وبعضها إجارة باطلة، ولهذا يشكل استحقاقه للزيادة عن أُجرة المثل، ونظائر المسألة محلّ إشكال تحتاج إلى التأمّل. (**خميني**).

٤. إن كان المراد من عدم كونها من المزارعة المصطلحة عدم ترتّب آثارها عليه، كاستحقاق الزارع إحداث الزرع فيها وإبقائها إلى أوان بلوغها، فدعوى الصحّة ممنوعة بعد كونه غرريّاً محضاً. وإن كان

←

منها أيضاً، وكذا لو أذن لكلّ من يتصدّى للزرع وإن لم يعيّن شخصاً، وكذا لو قال: كلّ من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانيّة فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلاً، فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة[١]، فهو كما لو قال: كلّ من بات في خاني أو داري فعليه في كلّ ليلة درهم، أو كلّ من دخل حمّامي فعليه في كلّ مرّة ورقة، فإنّ الظاهر صحّته للعمومات[٢]، إذ هو نوع من المعاملات العقلائية ولا نسلّم انحصارها في المعهودات، ولا حاجة إلى الدليل الخاصّ لمشروعيتها، بل كلّ معاملة عقلائيّة صحيحة إلّا ما خرج بالدليل الخاصّ كما هو مقتضى العمومات.

(**مسألة ٣**): المزارعة من العقود اللازمة لا تبطل إلّا بالتقايل أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط، أي تخلّف بعض الشروط المشترطة على أحدهما، وتبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابليّة[٣] الانتفاع لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك، ولا تبطل بموت أحدهما فيقوم وارث الميّت منهما مقامه. نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل، سواء

← المراد منه عدم كونها من مصاديقها، وإن ترتّب عليها أحكامها وآثارها، فدعوى عدم كونها كذلك ممنوعة بعد عدم اعتبار لفظ خاصّ في إيجاب المزارعة، وعدم تقوّمها بإنشائها بهذا العنوان. (**لنكراني**).

١. كونه نظيراً للجعالة ممنوع، بل هو عكسها، فإنّها جعل شيء على نفسه لغيره على فرض وقوع عمل منه، وهنا جعل شيئاً لنفسه على غيره على تقدير وقوع العمل من الغير. نعم، فيما إذا كان البذر من المالك تصحّ الجعالة، بأن يقول: من زرع هذا البذر في أرضي فله نصف الحاصل مثلاً، بناءً على صحّة الجعالة المجهول جعلها وجوداً وكميّةً، ومن هنا انقدح عدم كون الأمثلة أيضاً من مصاديق الجعالة، بل بعضها إباحة بالعوض أو إذن بالإتلاف بالعوض، ومع ذلك فالصحّة فيها محلّ تأمّل وإشكال. (**لنكراني**).

٢. العمومات لا تشمل الموارد التي يكون التمليك والتملّك فيها متعلّقاً بأمر معدوم حال العقد. (**خوئي**).

٣. مع عدم تيسّر العلاج. (**خميني ـ صانعي**).

كان قبل خروج الثمرة أو بعده، وأمّا المزارعة المعاطاتيّة[١]، فلا تلزم[٢] إلّا بعد التصرّف[٣]، وأمّا الإذنيّة[٤] فيجوز فيها الرجوع دائماً[٥]، لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه[٦] إلى حصول الحاصل؛ لأنّ الإذن في الشيء إذن[٧] في لوازمه[٨]، وفائدة الرجوع أخذ أُجرة الأرض منه حينئذٍ ويكون الحاصل كلّه للعامل.

(**مسألة ٤**): إذا استعار[٩] أرضاً للمزارعة ثمّ أجرى عقدها لزمت، لكن للمعير الرجوع

---

١. مرّ الكلام فيها. (**خميني**).

٢. مرّ الكلام فيها وإنّ عقد المعاطاة كالعقد بالصيغة، فكما تلزم المزارعة بمحض العقد فكذلك بمحض المعاطاة، إلّا أن يكون التصرّف وسيلة لإنشاء القبول فلم يتحقّق العقد قبله، وليس ذلك لخصوصية في المعاطاة، بل لعدم تمامية العقد، كما لا يخفى. (**صانعي**).

ـ مرّ الكلام فيها. (**لنكراني**).

٣. مرّ آنفاً أنّ اللزوم غير بعيد. (**خوئي**).

٤. مرّ أنّه لا يبعد كونها من المزارعة المصطلحة التي تكون لازمة. (**صانعي**).

٥. إذا لم نقل بحصول المزارعة الصحيحة بالإذن، وإلّا فصارت لازمة لا يجوز الرجوع فيها. (**خميني**).

ـ إذا لم تكن من مصاديق المزارعة المصطلحة، وإلّا فهي أيضاً لازمة. (**لنكراني**).

٦. مع فرض جواز الرجوع ما ذكره غير وجيه كدليله. (**خميني**).

٧. لكنّه يرجع عن الإذن في اللازم، ولا دليل على عدم جواز رجوعه عنه. (**لنكراني**).

٨. ومقتضاه عدم جواز الرجوع؛ لعموم التعليل في رواية الرحى، وعلى تقدير جواز الرجوع، فإذا رجع غرم للعامل بدل البذر وأُجرة المثل لعمله. (**خوئي**).

ـ بمعنى لزوم الإذن في اللوازم والدليل على هذه القاعده حكم العقلاء وبنائهم عليها ولعل السرّ في بنائهم كون الإذن في الشيء التزاماً لتلك اللوازم لا أنّه محض الإذن في الأصل وفي اللوازم بحيث يصحّ له الرجوع في أيّ زمان شاء وأراد، فإنّ هذا المعنى صناعي وكلامي خارج عن العرف والسوق. (**صانعي**).

٩. بناءً على جواز استعارة الأرض للمزارعة، وقد مرّ الإشكال فيه. (**لنكراني**).

في إعارته[١] فيستحقّ[٢] أُجرة المثل لأرضه على المستعير[٣]، كما إذا استعارها للإجارة فآجرها بناءً على ما هو الأقوى[٤] من جواز كون العوض لغير مالك المعوّض.

(**مسألة ٥**): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمّته أو في الخارج من ذهب أو فضّة أو غيرهما مضافاً إلى حصّته من الحاصل صحّ، وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل[٥]، بل الأقوى صحّه استثناء[٦] مقدار معيّن من الحاصل لأحدهما مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما، فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى، كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه، أو استثناء مقدار خراج السلطان أو مايصرف في تعمير الأرض ثمّ القسمة، وهل يكون قراره[٧] في هذه

---

١. لا يبعد عدم جواز رجوعه. (**خوئي ـ صانعي**).

٢. أي بالإضافة إلى ما بعد الرجوع، وإذنه في المزارعة لا يلازم عدم ثبوت حقّ الرجوع له. غاية الأمر أنّ لزوم المزارعة مانع عن جواز إبطالها واسترداد العين، ولا منافاة بينه وبين استحقاق أُجرة المثل بالنسبة إلى ما بعد الرجوع. (**لنكراني**).

٣. أي أُجرة ما بعد الرجوع. (**خميني**).

٤. الظاهر عدم الابتناء على هذا المبنى، ومع ابتنائه ـ أيضاً ـ لا يبعد ما في المتن. (**خميني**).

ـ مرّ أنّ الاقوى خلافه، والمسألة غير مبتنية عليه. (**خوئي**).

٥. ليس المراد بالسلامة مجرّد الحصول في مقابل اللاحصول، ولا السلامة في مقابل العيب، بل الظاهر أنّ المراد بها الحصول بمقدار يترقّب بحيث لم يتلف شيء منه بآفة أو غيرها. (**لنكراني**).

٦. في القوّة إشكال بل منع؛ لأنّ العمومات كما عرفت لا تشمل مثل هذه المعاملات، والدليل الخاصّ غير موجود، وكذا الحال في استثناء مقدار البذر. (**خوئي**).

٧. إن كان المراد من السلامة هو حصول الزرع في مقابل لا حصوله فلا معنى للقرار مع عدم السلامة فيما يستثنى من الحاصل، وإن كان المراد هي السلامة في مقابل التعيّب حتّى تلاحظ نسبة النقص فيحاسب بالنسبة، فلا يكون القرار مشروطاً بها؛ أي لا تلاحظ النسبة. (**خميني**).

ـ إن كان مراده من السلامة هو حصول الزرع في مقابل لا حصوله، فلا معنى للقرار مع عدم السلامة فيما يستثنى من الحاصل، وإن كان المراد هي السلامة في مقابل التعيّب حتّى تلاحظ نسبة النقص فيحاسب بالنسبة فلايكون القرار مشروطاً بها، أي لا تلاحظ النسبة، نعم إن كان المراد من السلامة

←

الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار أو لا؟ وجهان[١].

(**مسألة ٦**): إذا شرط مدّة معيّنة يبلغ الحاصل فيها غالباً، فمضت والزرع باق لم يبلغ، فالظاهر أنّ للمالك الأمر بإزالته بلا أرش أو إبقائه ومطالبة الأُجرة إن رضي العامل بإعطائها، ولا يجب[٢] عليه الإبقاء بلا أُجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة؛ لعدم حقّ للزارع بعد المدّة والناس مسلّطون على أموالهم، ولا فرق بين أن يكون ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله[٣] كتأخير المياه أو تغيّر الهواء، وقيل بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع الأُجرة، وفيه ما عرفت، خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع مع أنّه لا وجه لإلزامه العامل بالأُجرة بلا رضاه. نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أُجرة أو معها إن مضت المدّة قبله، لا يبعد صحّته[٤] ووجوب الإبقاء عليه.

← بقاء كلّ الحاصل فمع عدمها بتلف بعض الحاصل، مثلاً فهل يحسب التالف على المستثنى والمستثنى منه أو لا يحسب إلّا على المستثنى منه، فيه وجهان، والأوجه الأوّل. (**صانعي**).

١. لا يبعد قرب الوجه الأوّل، فلو تلف نصف الحاصل مثلاً يحسب التالف على المستثنى والمستثنى منه بالنسبة. (**خوئي**).

ـ والظاهر هو الوجه الأوّل، فإنّه على تقدير التلف يحسب التالف على المستثنى والمستثنى منه بالنسبة. (**لنكراني**).

٢. أي عند إرادة الإبقاء، فلا إشعار في العبارة باحتمال وجوب الإبقاء بلا أُجرة تعييناً. (**لنكراني**).

٣. الظاهر وجود الفرق بينهما، لأنّ ذلك إن لم يكن بتفريط العامل، بل كان من قبل الله تعالى، فعرقه محترم ولم يكن ظالماً ومقصّراً حتّى لا يكون لعرقه عرقاً، فللمالك والعامل التراضي بالقلع مع الأرش أو الإبقاء مع الأُجرة، جمعاً بين الحقّين. (**صانعي**).

٤. إذا كانت مدّة التأخير على فرضه معلومة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ إذا كانت مدّة التأخير على فرضه معلومة بحسب العادة، وإلّا فصحّة الشرط بل صحّة العقد معه محلّ إشكال. (**لنكراني**).

(**مسألة ٧**): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتّى انقضت المدّة، ففي ضمانه أُجرة المثل للأرض كما أنّه يستقرّ عليه المسمّى في الإجارة أو عدم ضمانه أصلاً غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا، أو ضمانه مايعادل الحصّة المسمّاة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصّة من منفعة الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطّلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن وبين صورة عدم اطّلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن وجوه[١]، وبعضها أقوال[٢]، فظاهر بل صريح جماعة الأوّل[٣]، بل قال بعضهم: يضمن

---

١. وهنا وجه آخر أوجه منها، وهو التفصيل بين ما كان ترك العمل من تفريط الزارع وتقصيره وما لم يكن كذلك، بل كان معذوراً، ففي الأوّل، الأوّل من تلك الوجوه لكون يده خارجاً عن الأمانة وعن عدم الضمان بالتفريط فصارت مضمونة، كسائر الموارد من الإجارة والمضاربة والوديعة وأمثالها، وفي الثاني؛ الثالث منها، قضاءً لوجوب الوفاء بالعقد، ومعادل الحصّة المسمّاة بالتخمين أقرب إلى الفائت وما لا يقدر على تسليمه والوفاء به، وإذا تعذّر الوفاء بمورد العقد فالحكم العقلائي في الوفاء في ذلك المرتبة يكون بردّ الأقرب فالأقرب، كما لا يخفى، فالضمان عقدي لا يدي، والضمان باليد فيه غير تمام، لعدم خروجها عن الأمانة بالإفراط والتفريط، نعم إن كان متمكّناً من الإعلام للمالك وصاحب الأرض بعذره وأنّ الفسخ بيده واختياره ومع ذلك لم يفسخ الصاحب فعدم ضمان الزارع غير بعيد، فإنّه منفي بنفي الضرر، وضرر المالك مندفع بإمكان فسخه، فعدم فسخه إقدام من قبله على الضرر أو على عدم النفع. (**صانعي**).

٢. أوجهها الأوّل فيما إذا كان الأرض تحت يده وترك الزراعة بتفريط منه، وإلّا فلا ضمان. (**خميني**).

ـ الظاهر هو التفصيل بين ما إذا كانت الأرض بيد الزارع وما إذا كانت بيد المالك، وعلى الثاني فقد يطّلع المالك على ترك العامل للزرع وقد لا يطّلع إلى فوات وقته، ففي الصورة الأُولى والثالثة يثبت الضمان على العامل لأُجرة المثل، ولا ضمان في الثانية. (**خوئي**).

٣. وهو الأقرب فيما هو المفروض من تسليم الأرض إليه، الظاهر في كونها تحت يد العامل

النقص[١] الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص، واستظهر بعضهم الثاني، وربما يستقرب الثالث، ويمكن القول بالرابع، والأوجه الخامس، وأضعفها السادس.

ثمّ هذا كلّه إذا لم يكن الترك بسبب عذر عامّ، وإلّا فيكشف عن بطلان المعاملة. ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ، ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصّته من منفعة الأرض، أو ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين، أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه، أو عدم الضمان حتّى لو قلنا به في الفرض الأوّل بدعوى الفرق بينهما وجوه[٢].

(**مسألة ٨**): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه، فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيّر بين الفسخ وعدمه، وإن كان بعده لم يكن له الفسخ، وهل يضمن[٣] الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدّة للمالك فقط، أو يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصّته من

← واستيلائه في تلك المدّة، بل الظاهر ضمان النقص الحاصل بسبب ترك الزرع أيضاً. (**لنكراني**).

١. ولعلّه هو الصحيح على التفصيل المزبور آنفاً. (**خوئي**).

٢. الأحوط التخلّص بالتصالح، وإن كان الأخير أوجه. (**خميني**).

ـ أقربها الأخير. (**خوئي**).

ـ أوجهها الأخير، ووجهه يظهر ممّا مرّ في ترك الزارع، فتضمين المالك مع ما كان للزارع الفسخ مع فرض عدم ضرر عليه، ظلم على المالك وتضمين بلا وجه لعدم كون ضمان المالك لا عقدياً ولا يديّاً، كما هو ظاهر. نعم لو كان الفسخ موجباً للضرر على العامل فالمالك ضامن له؛ لأنّه السبب فيه، والسبب أقوى من المباشر. (**صانعي**).

ـ والأخير أوجه. (**لنكراني**).

٣. أي مع فرض عدم الفسخ، وإلّا فلا إشكال في ضمانه للمالك. (**خميني**).

ـ أي مع عدم الفسخ، سواء كان ذلك لأجل عدم ثبوت حقّه له كما في الفرض الثاني، أو لأجل عدم اختياره إيّاه كما في أحد الشقّين من الفرض الأوّل. (**لنكراني**).

عمل العامل حيث فوّته عليه، ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصّته من منفعة الأرض؟ وجهان[١]، ويحتمل ضمانه لكلّ منهما ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين[٢].

(**مسألة ٩**): إذا عيّن المالك نوعاً من الزرع من حنطة أو شعير أو غيرهما تعيّن ولم يجز للزارع التعدّي عنه، ولو تعدّى إلى غيره[٣] ذهب بعضهم إلى أنّه إن كان ما زرع أضرّ ممّا عيّنه

---

١. أوجههما الأوّل، والأحوط التصالح. (**خميني**).

ـ أقربهما الأوّل. (**خوئي**).

ـ لا يبعد أقربية الوجه الأوّل. (**لنكراني**).

٢. وهو الأوفق بالقواعد، ولا يخلو عن قوّة، فإنّ الغاصب كما فوّت على المالك حصّته من منفعة الأرض فكذلك بالنسبة إلى العامل، والضمان بالتفويت لا فرق فيه بين المالك والعامل، حيث إنّ الغاصب أتلف المنفعة والمال منهما. (**صانعي**).

٣. إن كان التعيين على وجه الشرطية فمع التعدّي يتخيّر المالك بين الفسخ والإقرار، ومع عدم الفسخ يأخذ حصّته من الحاصل، وإن كان على وجه القيديّة كان له أُجرة مثل أرضه، ولو صارت ناقصة بواسطة الزرع له أرش نقصها على الزارع. (**خميني**).

ـ الصحيح أن يقال: إنّه إذا علم المالك به بعد بلوغ الحاصل فليس له إلّا المطالبة بأُجرة مثل المنفعة الفائتة من الأرض، وأمّا الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له، وإن كان للمالك فله المطالبة ببدله أيضاً، وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضاً وليست له مطالبة المالك بأُجرة العمل مطلقاً، وإذا علم به قبل بلوغ الحاصل فله المطالبة ببدل المنفعة الفائتة وإلزام العامل بقلع الزرع أو إبقاؤه بالأُجرة أو مجاناً إذا كان البذر له، وأمّا إذا كان للمالك فله المطالبة ببدل المنفعة الفائتة وبدل البذر أيضاً، فإن دفع بدله كان حكمه حكم ما إذا كان البذر له من أوّل الأمر، هذا كلّه إذا كان التعيين بعنوان التقييد، وأمّا إذا كان بعنوان الاشتراط فإن تنازل المالك عن شرطه فهو، وإلّا فسخ العقد وجرى عليه حكم التقييد. (**خوئي**).

ـ التحقيق أن يقال: إنّه إذا علم المالك به بعد بلوغ الحاصل فليس له إلّا المطالبة بأُجرة المثل للأرض، قضاءً لضمان اليد فإنّ يد الزارع بالتخلّف خرجت عن الأمانة وصارت سبباً للضمان، وأمّا الحاصل فهو لمالك البذر عاملاً كان أو مالكاً للتبعية الثابتة، نعم للمالك مع كون البذر له

←

المالك كان المالك مخيّراً بين الفسخ وأخذ أُجرة المثل للأرض، والإمضاء وأخذ الحصّة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضرّ، وإن كان أقلّ ضرراً لزم وأخذ الحصّة منه، وقال بعضهم بتعيّن أخذ أُجرة المثل للأرض مطلقاً؛ لأنّ ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصّة منه مطلقاً.

والأقوى[1] أنّه إن علم أنّ المقصود مطلق الزرع وأنّ الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض وترك ما يوجب ضرراً فيها، يمكن أن يقال: إنّ الأمر كما ذكر، من التخيير بين الأمرين في صورة كون المزروع أضرّ وتعيّن الشركة في صورة كونه أقلّ ضرراً، لكن التحقيق مع ذلك خلافه[2]، وإن كان التعيين لغرض متعلّق بالنوع الخاصّ لا لأجل قلّة الضرر

← مطالبة البدل عن العامل للسلطنة، وتصرّف الغير أي العامل بلاإذنه، فمع الأداء يصير الزرع للعامل للمبادلة القهرية وإلّا فالزرع باقٍ على ملكية المالك للأرض لما مرّ من التبعية وليس للعامل مطالبة أُجرة العمل، مطلقاً كان الزرع له أو للمالك، هذا كلّه إذا كان التعيّن بعنوان التقيّد، وأمّا إذا كان بعنوان الاشتراط فللمالك خيار الاشتراط فإن أمضى المزارعة وألزمها فهو، وأمّا إن فسخ العقد جرى عليه حكم التقيّد لعدم الفرق في المسألة بين الانفساخ من أوّل الأمر أو الفسخ، حيث إنّ الفسخ حلّ للعقد من أوّل الأمر لا من حينه، إلّا إذا لم يكن موجب الفسخ من أوّل الأمر، فإنّ الفسخ يكون فيه من زمان الفسخ. وأمّا إذا كان العلم به قبل بلوغه، فللمالك مع عدم رضائه بالإبقاء، القلع مطلقاً، سواء كان على نحو القيدية أو الشرطية. (**صانعي**).

١. والظاهر بعد كون المفروض هو صورة علم المالك بعد بلوغ الحاصل هو التفصيل من أوّل الأمر بين كون التعيين على وجه الشرطية، أو على نحو القيدية، ففي الأوّل يتخيّر المالك بين أخذ أُجرة مثل المنفعة الفائتة من الأرض، وأخذ حصّته من الحاصل فيما إذا كان البذر من العامل، وفي الثاني يتعيّن له أخذ أُجرة مثل الأرض. نعم، لو صارت ناقصة بواسطة زرع غير ما هو المعيّن يثبت له أرش النقص على الزارع أيضاً، وأمّا ما يستفاد من المتن من فرض صورة ثالثة خارجة عن صورتي الاشتراط والتقييد، فيدفعه أنّ تلك الصورة ترجع لا محالة إلى إحدى الصورتين. (**لنكراني**).

٢. جريان ما قلنا في المضاربة يأتي هنا أيضاً. (**صانعي**).

وكثرته، فإمّا أن يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانيّة، أو يكون على وجه تعدّد المطلوب والشرطيّة، فعلى الأوّل إذا خالف ما عيّن فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً حتّى انقضت المدّة، فيجري فيه الوجوه الستّة المتقدّمة في تلك المسألة، وأمّا بالنسبة إلى الزرع الموجود، فإن كان البذر من المالك فهو له، ويستحقّ العامل أُجرة عمله على إشكال في صورة علمه[1] بالتعيين وتعمّده الخلاف[2]؛ لإقدامه حينئذٍ على هتك حرمة عمله، وإن كان البذر للعامل كان الزرع له، ويستحقّ المالك عليه أُجرة الأرض مضافاً إلى ما استحقّه من بعض الوجوه المتقدّمة، ولا يضرّ استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرّتين على ما بيّنا في محلّه؛ لأنّه من جهتين[3] وقد ذكرنا نظير ذلك في الإجارة[4] أيضاً، وعلى الثاني يكون المالك مخيّراً بين أن يفسخ المعاملة لتخلّف شرطه، فيأخذ أُجرة المثل للأرض وحال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر وبين أن لا يفسخ ويأخذ حصّته من الزرع الموجود بإسقاط حقّ شرطه وبين أن لا يفسخ، ولكن لا يسقط حقّ شرطه[5] أيضاً،

---

١. بل مطلقاً. (**لنكراني**).

٢. بل في صورة عدم التعمّد والجهل ـ أيضاً ـ محلّ إشكال بل منع. (**خميني**).

ـ بل في صورة عدم التعمد والجهل أيضاً محلّ إشكال، بل منع، لما عرفت عدم الأمر من المالك بالعمل ولارضاه بذلك فلا موجب لضمانه العمل، كما هو ظاهر. (**صانعي**).

٣. الظاهر عدم تعدّد الجهة هنا وثبوت أُجرة المثل فقط. (**لنكراني**).

٤. قد مرّ الإشكال عليه فيها وأنّ عليه أكثر الأمرين من الأُجرة المسمّاة وأُجرة المثل، وفي المقام ـ أيضاً ـ لا يستحقّ المالك غير أُجرة المثل لأرضه وأرش نقصها لو حصل بالزرع، ولا يلاحظ في أُجرة المثل. (**خميني ـ صانعي**).

٥. يعني يطالب بشرطه بأن يطالب العامل بضمان التصرّف غير المأذون فيه ويشكل ذلك أوّلاً؛ بعدم الدليل على خصوصية في الشرط في المقام كي يمتاز بها عن سائر الشروط، وأحكامها ليست أزيد من الفسخ أو الإمضاء. وثانياً؛ بأنّه كيف يصحّ الضمان والتغريم مع اعتراف المالك بأنّ التصرف كان عن إذن منه وصحّة العقد. (**صانعي**).

بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستّة المتقدّمة[١]، ويكون[٢] حال الزرع الموجود كما مرّ، من كونه لمالك البذر.

(**مسألة ١٠**): لو زارع على أرض لاماء لها فعلاً، لكن أمكن تحصيله بعلاج من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك، فإن كان الزارع عالماً بالحال صحّ ولزم، وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ، وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها وأمّا لو لم يمكن التحصيل في الصورة الأُولى أو القطع في الثانية كان باطلاً، سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً، وكذا لو انقطع في الأثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه، وربما يقال بالصحّة مع علمه بالحال، ولاوجه له وإن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع؛ لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع. نعم لو استأجر أرضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله أمكن الصحّة؛ لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع إلّا أن يكون على وجه التقييد، فيكون باطلاً أيضاً.

(**مسألة ١١**): لا فرق في صحّة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما، ولابدّ من تعيين ذلك، إلّا أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الإطلاق، وكذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصّة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل، وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل، فيجوز كونه عليهما، وكذا الحال في سائر المصارف.

وبالجملة هنا أُمور أربعة: الأرض والبذر والعمل والعوامل، فيصحّ أن يكون من أحدهما

---

١. مرّ ما هو الأقوى بينها، فهاهنا ـ أيضاً ـ ليس له إلّا التخيير بين الفسخ والإبقاء، فيأخذ حصّته من غير غرامة زائدة ومع عدم الفسخ تكون الزراعة بينهما لا لمالك الزرع، كما في المتن. (**خميني**).

٢. مع فرض عدم الفسخ لا وجه لاختصاص الزرع الموجود بمالك البذر، بل يكون مشتركاً بينهما على ما شرط؛ لفرض عدم الفسخ وعدم تقيّد متعلّقه بمفاده، وأمّا التغريم فالظاهر أيضاً عدم ثبوت الوجه له، خصوصاً على ما يستفاد من العبارة من كونه ناشئاً عن ترك الزرع الخاصّ، لا إيجاد زرع آخر حتّى يمكن أن يقال إنّه على ثبوت التفاوت بين الزرعين. (**لنكراني**).

أحد هذه[١]، ومن الآخر البقيّة ويجوز أن يكون من كلّ منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقيّة، كما يجوز الاشتراك في الكلّ، فهي على حسب ما يشترطان، ولا يلزم على من عليه البذر دفع عينه، فيجوز له دفع قيمته، وكذا بالنسبة إلى العوامل، كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه، فيجوز له أخذ الأجير على العمل إلّا مع الشرط.

(**مسألة ١٢**): الأقوى جواز[٢] عقد المزارعة[٣] بين أزيد من اثنين، بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك كأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل؛ لصدق المزارعة وشمول الإطلاقات، بل يكفي العمومات[٤] العامّة، فلا وجه لما في «المسالك» من تقوية عدم الصحّة بدعوى: أنّها على خلاف الأصل فتتوقّف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك، ودعوى: أنّ العقد لابدّ أن يكون بين طرفين: موجب وقابل، فلا يجوز تركّبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له، مدفوعة بالمنع، فإنّه أوّل الدعوى.

(**مسألة ١٣**): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته[٥] أو يزارعه في حصّته، من غير

---

١. والظاهر، أنّه يعتبر في المزارعة كون الأرض من أحدهما والعمل للآخر، نعم في البقية على حسب ما اشترطاه. (**صانعي**).

٢. هذا وإن لا يخلو من قرب، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بإيقاعها بين الاثنين، بل لا يترك حتّى الإمكان. (**خميني**).

٣. الأقوائية ممنوعة، للشك في صدق المزارعة، نعم صحّة العقد كذلك مستقلاً تمسّكاً بالعمومات، كما أشار إليه المتن، لا يخلو من قوة. (**صانعي**).

٤. تقدّم أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعاملات، والدليل الخاصّ غير موجود، ومن هنا فالأقوى عدم جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين. (**خوئي**).

٥. إن أُريد به نقل بعض حصّته إلى غيره فهو محلّ منع قبل ظهور الحاصل، وإن أُريد به اشتراك

فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك ولا يشترط فيه إذنه. نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه[١] وإلّا كان ضامناً، كما هو كذلك في الإجارة أيضاً، والظاهر[٢] جواز[٣] نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنّه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه، بعوض ولو من خارج أو بلا عوض، كما يجوز[٤] نقل حصّته إلى الغير، سواء كان ذلك قبل[٥] ظهور

← غيره في مزارعته فهو عين قوله: «أو يزارعه في حصّته». (**خوئي**).

١. الكلام فيه كما مرّ في الإجارة. (**خوئي**).

٢. إن كان المراد من نقل مزارعته إلى الغير هو إيقاع عقد مزارعة آخر معه يكون العامل فيه بمنزلة المالك في الأوّل. غاية الأمر أنّ الفرق بينه وبين الفرض المتقدّم أنّه هناك يكون العامل الثاني طرفاً للعامل الأوّل، وهنا يكون كأنّه الطرف للمالك، فالظاهر عدم الجواز؛ لافتقار ذلك إلى فسخ المزارعة الأولى وإيجاد مزارعة جديدة، ومع فرض الفسخ يكون العامل الأوّل أجنبيّاً محضاً. وإن كان المراد نقل حصّته وسهمه إلى الغير بصلح ونحوه بعوض أو بدونه، فهو وإن كان جائزاً إلّا أنّه لا يصير العامل الثاني بذلك كأنّه هو الطرف للمالك، بل الطرف له هو الأوّل، ويجب عليه القيام بأمر الزراعة ولو من دون مباشرة، مضافاً إلى أنّه لا يبقى الفرق حينئذٍ بين هذا الفرض والفرض الآتي. (**لنكراني**).

٣. ليس هذا من المزارعة، ولا يجوز عقد المزارعة كذلك، ولامعنى لنقل مزارعته إلى الغير. نعم يجوز نقل حصّته إلى الغير وشرط القيام بأمر المزارعة عليه، لكن الناقل طرف للمالك وعليه القيام ـ ولو تسبيباً ـ بأمر الزراعة كما فعل. (**خميني**).

ـ بل الظاهر عدم جوازه مزارعةً، والتعليل المذكور في كلامه غير ناهض لإثبات ذلك، كما لا يخفى، فإنّ مالكية العامل للمنفعة نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما لا تكون موجبة لتحقّق المزارعة المتوقّفة على العقد بين المالك والعامل، كما يظهر بالتأمّل. (**صانعي**).

٤. فيه منع إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل. (**خوئي**).

٥. في صحّة نقل الحصّة قبل ظهور الحاصل إشكال، والتعليل بأنّ عقد المزارعة موجب لنقل منفعة الأرض ـ نصفاً أو مثله ـ عليل، فإنّه لا يقتضي أزيد من ثبوت حقّ الانتفاع بالزرع من الأرض، وليست المزارعة كإجارة الأرض، كما سيأتي في المسألة الخامسة عشرة. (**لنكراني**).

الحاصل أو بعده، كلّ ذلك لأنّ عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة[١] الأرض[٢] نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة، ولافرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا، إذ لا منافاة بين صحّة المذكورات وبين مباشرته للعمل، إذ لا يلزم في صحّة المزارعة مباشرة العمل، فيصحّ أن يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير.

(**مسألة ١٤**): إذا تبيّن بطلان العقد فإمّا أن يكون قبل الشروع في العمل أو بعده وقبل الزرع، بمعنى نثر الحبّ في الأرض أو بعده وقبل حصول الحاصل، أو بعده، فإن كان قبل الشروع فلا بحث ولا إشكال، وإن كان بعده وقبل الزرع، بمعنى الإتيان بالمقدّمات من حفر النهر وكري الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك فكذلك[٣]. نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض من جهة كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها كان للعامل[٤] قيمة[٥] ذلك

---

١. ليس مقتضى المزارعة نقل المنفعة إلى العامل، بل مقتضاها ثبوت حقّ الانتفاع بالزرع من الأرض. (**خميني**).

٢. ليس مقتضى المزارعة نقل المنفعة إلى العامل، بل مقتضاها استحقاق كلّ منهما على الآخر بذل ما جعله عليه، فالعامل مالك للانتقاع بالأرض زراعة والمالك مالك للانتفاع بعمل العامل. (**صانعي**).

٣. يشكل ذلك، بل لا يبعد استحقاقه أُجرة مثل عمله إذا كان البذر للمالك، باعتبار أنّه أتى به بأمر صاحب الأرض، ولا فرق فيه بين حصول وصف في الأرض وعدم حصوله. وأمّا إذا كان البذر للعامل، فلا يستحقّ شيئاً على المالك مطلقاً. (**خوئي**).

ـ في إطلاقه تأمّل. (**صانعي**).

٤. فيه إشكال من دون فرق بين أن يكون العمل بأمر المالك أو بدونه، ومن دون فرق أيضاً بين أن يكون البطلان مستنداً إلى غير جعل جميع الحاصل لصاحب الأرض، أو كان مستنداً إليه. (**لنكراني**).

٥. إن كان البطلان مستنداً إلى جعل جميع الحاصل لصاحب الأرض، فالأقوى عدم استحقاق العامل قيمة ذلك الوصف، وكذا لا يستحقّ أُجرة العمل والعوامل في صورة تبيّن البطلان بعد الزرع وبعد حصول

←

الوصف، وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له، كما أنّ الآلات لمن أعطى ثمنها، وإن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر، فإن كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أُجرة عمله وعوامله[١]، وإن كان للعامل كان له وعليه أُجرة الأرض للمالك، وإن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً ولكلّ منهما على الآخر أُجرة مثل ما يخصّه من تلك النسبة، وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أُجرة الأرض وللعامل أُجرة عمله وعوامله، ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبيّن قبله، بل له أن يأمر بقلعه[٢] وله أن يبقي بالأُجرة إذا رضي صاحبه، وإلّا فليس له إلزامه بدفع الأُجرة.

هذا كلّه مع الجهل بالبطلان، وأمّا مع العلم فليس للعالم منهما[١] الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله[٢]؛ لأنّه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله، فكأنّه متبرّع به[٣] وإن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان، ولو كان العامل بعد ما تسلّم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أُجرتها للمالك مع بطلان المعاملة؛ لفوات منفعتها تحت يده، إلّا في صورة علم المالك بالبطلان[٤]؛ لما مرّ.

(**مسألة ١٥**): الظاهر[٥] من مقتضى وضع المزارعة ملكيّة العامل[٦] لمنفعة الأرض بمقدار

---

١. قد مرّ أنّ العلم والجهل غير دخيلين في ذلك، وعدم وجاهة ما علّله به، وكذا الحال في الفرع التالي. (**خميني**).

ـ قد مرّ عدم مدخلية العلم في رفع الضمان وسقوط المال، أو العمل عن الحرمة وصيرورة الفاعل متبرّعاً. (**لنكراني**).

٢. العلم بالبطلان شرعاً غير رافع للضمان ولا تأثير له في عدمه وليس دفع المال من العالم به هتكاً منه لحرمة ماله بعد ما كانت المعاملات مبنيّة على الأنظار العرفية. (**صانعي**).

← الحاصل، إلّا إذا اشترط عليه الأُجرة لعمله وعوامله فيستحقّ أُجرة المثل، وإن كان مستنداً إلى جعل جميع الزرع للزارع لا يستحقّ المالك أُجرة أرضه على العامل إلّا مع الشرط، وكذا الحال في سائر الصور، فإن كان البطلان مستنداً إلى جعل جميع الحاصل لصاحب البذر لا يستحقّ العامل ولا صاحب الأرض ولا صاحب العوامل شيئاً عليه، إلّا مع الاشتراط، فيكون لهم أُجرة المثل عليه. (**خميني**).

١. قد مرّ الإشكال فيه وفي بعض الفروض الآتية. (**لنكراني**).

٢. مع الأرش، لأنّ الزارع ليس بظالم، كما أنّ له الابقاء مع أخذ الأُجرة، جمعاً بين الحقّين. (**صانعي**).

٣. مرّ أنّ العلم بالبطلان لا يستلزم التبرّع بالعمل، وبه يظهر الحال فيما بعده. (**خوئي**).
٤. بل معه أيضاً لما مرّ. (**صانعي**).
٥. بل الظاهر أنّه لا يملك كلّ من المالك والعامل على الآخر شيئاً غير إلزامه بما التزم به من تسليمه الأرض أو العمل وغير ذلك، ومع ذلك فالظاهر أنّهما يشتركان من حين خروج الزرع إلّا أن يشرطا خلاف ذلك. (**خوئي**).
ـ بل الظاهر أنّ مقتضى وضعها استحقاق كلّ منهما على الآخر بذل ما جعله على نفسه والتزم به من حوائج الزراعة، والعامل لا يكون له إلّا حقّ الانتفاع بالأرض، ولا يكون مالكاً إلّا لإلزام المالك بتسليم الأرض، والمالك ليس له إلّا حقّ الانتفاع بالعمل، ولا يكون مالكاً إلّا لإلزام العامل بالعمل وغير ذلك، ومع ذلك فالشركة بينهما لا تتوقّف على حصول الحاصل وبلوغه، بل تتحقّق من حين خروج الزرع إلّا مع شرط الخلاف. (**لنكراني**).
٦. بل مقتضاها استحقاق كلّ منهما على الآخر بذل ماجعله عليه، وملكيّة العامل الانتفاع بالأرض زراعة، وملكيّة المالك الانتفاع بعمل العامل كذلك. (**خميني**).
ـ بل مقتضاها استحقاق كلّ منهما على الآخر بذل ما جعله عليه من مقدّمات الزراعة، فالعامل مالك للانتفاع بالأرض زراعة، والمالك مالك للانتفاع بعمل العامل، وليست المزارعة من المعاوضات حتّى يكون الظاهر من وضعها هو ما ذكره المتن، بل هي عقد مقتضٍ للإلزام، فكلّ منهما مالك لإلزام الغير بما جعل عليه من المقدّمات للزراعة. (**صانعي**).

الحصّة المقرّرة له، وملكيّة المالك للعمل على العامل بمقدار حصّته، واشتراك البذر بينهما على النسبة، سواء كان منهما أو من أحدهما أو من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبة، لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل، فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربما يستفاد من بعض الكلمات، أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه، فيصير مشتركاً في ذلك الوقت، كما يستفاد من بعض آخر. نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد.

ويترتّب على هذه الوجوه ثمرات:

منها: كون التبن[1] أيضاً مشتركاً بينهما على النسبة على الأوّل دون الأخيرين، فإنّه

---

١. لا يبعد أن يكون التبن بنفسه من الحاصل، فيكون مشتركاً بينهما على جميع الوجوه.

لصاحب البذر.

ومنها: في مسألة الزكاة.

ومنها: في مسألة الانفساخ أو الفسخ[١] في الأثناء قبل ظهور الحاصل[٢].

ومنها: في مسألة مشاركة الزارع مع غيره ومزارعته معه.

ومنها: في مسألة ترك الزرع إلى أن انقضت المدّة، إلى غير ذلك.

(**مسألة ١٦**): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه، كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله أو استولى عليه ولم يمكن قطعه أو حصل مانع آخر عامّ، فالظاهر[٣] لحوق حكم تبيّن البطلان من الأوّل على ما مرّ؛ لأنّه يكشف عن عدم قابليتها للزرع، فالصحّة كانت ظاهريّة، فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر، ويحتمل بعيداً[٤] كون الانفساخ من

← (**لنكراني**).

١. لا ثمرة فيها بعد أنّ الفسخ والانفساخ يكون من الأصل، لا من حين الوقوع، كما مرّ، نعم فيما كان الانفساخ من حينه فالثمرة مترتبة. (**صانعي**).

٢. لا ثمرة فيها على ما سيتبين وجهه في كتاب المساقاة. (**خوئي**).

٣. لا يبعد التفصيل بين الانفساخ في زمان لم يحصل زرع مشترك ولو مثل القصيل أو التبن فيحكم بالبطلان من الأوّل، وبين ما إذا حصل ذلك فيحكم بالانفساخ من حينه، فيكون ما حصل مشتركاً بينهما. (**خميني**).

٤. لا بعد فيه، بل الظاهر كون الانفساخ من حينه، لصحّة المزارعة إلى ذلك الزمان من جهة القابلية لهذا المقدار من الزرع، نعم فيما لم يحصل زرع مشترك ولو مثل القصيل، فالظاهر البطلان من أوّل الأمر بما علّله في المتن من كون الصحّة فيه ظاهرية. (**صانعي**).

ـ هذا الاحتمال قريب جدّاً في مفروض المسألة، الذي هو ما إذا حصل الموجب بعد خروج الزرع، فإنّ الزرع الخارج مشترك بينهما ـ على ما اختاره واخترناه ـ من عدم توقّف تحقّق الشركة على ظهور الحاصل أو بلوغه. نعم، لو كان حصول الموجب قبل خروج الزرع فالظاهر تحقّق الانفساخ من الأصل. (**لنكراني**).

حينه فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي، فيكون مشتركاً بينهما[١] على النسبة.

(**مسألة ١٧**): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الأثناء إمّا بالتقايل، أو بخيار الشرط لأحدهما، أو بخيار الاشتراط بسبب تخلّف ما شرط على أحدهما، فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة وهو الوجه الأوّل من الوجوه المتقدّمة فالزرع الموجود مشترك بينهما[٢] على النسبة[٣]، وليس[٤] لصاحب الأرض على العامل أُجرة أرضه ولا للعامل أُجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى؛ لأنّ المفروض صحّة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ، وأمّا بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا أُجرة أو معها، ولهما التراضي على القطع قصيلاً، وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضا المالك ولو بدفع أُجرة الأرض، ولا مطالبة الأرش إذا أمره المالك بالقلع، وللمالك مطالبة القسمة وإبقاء حصّته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصّته قصيلاً.

---

١. سيأتي في المسألة الآتية أنّ الأمر ليس كذلك. (**خوئي**).

٢. بل الزرع الموجود لصاحب البذر حتّى على الوجه الأوّل، لكون الفسخ موجباً لارتفاع العقد من رأس وفرضه كأن لم يكن، وتأثير الفسخ وإن كان من حينه إلّا أنّه يوجب رجوع كلّ من طرفي المعاملة إلى مالكه قبل العقد، نعم لا يبعد صحّة الفسخ من حينه مع التصريح به مع تراضي الطرفين. هذا كلّه فيما كان موجب الفسخ من أوّل الأمر، وإلّا فالفسخ من حين الفسخ. (**صانعي**).

٣. كيف يكون كذلك والفسخ يوجب ارتفاع العقد وفرضه كأن لم يكن، وتأثير الفسخ وإن كان من حينه إلّا أنّه يوجب رجوع كلّ من العوضين أو ما بحكمهما إلى من انتقل عنه، وعليه فبناءً على ما ذكرناه من حصول الشركة من حين خروج الزرع رجع الزرع إلى مالك البذر فإن كان هو العامل لزم عليه للمالك أُجرة مثل المنفعة الفائتة من الأرض، ومع ذلك كان المالك مخيّراً بين إبقاء الزرع مجاناً أو بالأُجرة وإلزام العامل بقلعه، وإن كان هو المالك استحقّ العامل عليه أُجرة المثل. (**خوئي**).

٤. قد تقدّم منه ﷺ في المسألة التاسعة أنّ مقتضى الفسخ رجوع مالك الأرض إلى أُجرة المثل لها، والمفروض هناك وإن كان صورة حصول الفسخ بعد بلوغ الحاصل، إلّا أنّه لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة، والحقّ ما هناك. (**لنكراني**).

هذا، وأمّا على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر[١] والظاهر عدم ثبوت شيء عليه من أُجرة الأرض أو العمل؛ لأنّ المفروض صحّة المعاملة إلى هذا الحين، وإن لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهة آفة سماويّة أو أرضيّة، ويحتمل[٢] ثبوت الأُجرة عليه إذا كان هو الفاسخ.

فذلكة

قد تبيّن ممّا ذكرنا في طيّ المسائل المذكورة أنّ هاهنا صوراً:

الأُولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل؛ لآفة سماوية أو أرضيّة.

الثانية: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّة، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً.

الثالثة[٣]: تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع اختياراً أو لعذر خاصّ به.

الرابعة: تبيّن البطلان من الأوّل.

الخامسة: حصول الانفساخ في الأثناء لقطع الماء أونحوه من الأعذار العامّة.

السادسة: حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار في الأثناء، وقد ظهر[٤] حكم الجميع[٥] في

---

١. إذا حصل الفسخ قبل ظهور الحاصل على أوّل الوجهين. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لابدّ من تقييده بما إذا كان قبل ظهور الحاصل بالنسبة إلى أوّل الوجهين. (**لنكراني**).

٢. على بُعد. (**لنكراني**).

٣. هذه الصورة لم تسبق منه على الظاهر، وإن ظهر حكمها من سائر المسائل. (**خميني**).

٤. لم يظهر حكم الصورة الثالثة في المسائل السابقة، وإن ظهر بعض أحكامها منها، فإنّ الظاهر أنّها من جهة ضمان الأُجرة ومثلها وعدمه حكمها حكم الصورة الثانية، وأمّا من جهة ضمان البذر لو كان للمالك وكان ترك العمل موجباً لتلفه رأساً فيفترق عنها. (**لنكراني**).

٥. لم يظهر حكم الصورة الثالثة ممّا تقدّم، وأنّ حكمها حكم الصورة الثانية. (**خوئي ـ صانعي**).

طيّ المسائل المذكورة كما لا يخفى.

(**مسألة ١٨**): إذا تبيّن بعد عقد المزارعة أنّ الأرض كانت مغصوبة، فمالكها مخيّر بين الإجازة فتكون الحصّة له، سواء كان بعد المدّة أو قبلها، في الأثناء أو قبل الشروع بالزرع، بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محلّ للإجازة، وبين الردّ، وحينئذٍ فإن كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله أُجرة المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر[١]، وكذا إذا كان في الأثناء ويكون بالنسبة إلى بقيّة المدّة الأمر بيده، فإمّا يأمر بالإزالة[٢]، وإمّا يرضى بأخذ الأُجرة بشرط رضا صاحب البذر، ثمّ المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غارّه[٣]، ومع عدم الغرور فلا رجوع، وإذا تبيّن كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه[٤] وليس[٥] عليه أُجرة الأرض[٦] ولا أُجرة العمل. نعم إذا كان التبيّن في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة.

هذا إذا لم يكن محلّ للإجازة، كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلّي لا المشخّص في الخارج أو نحو ذلك، أو كان ولم يجز، وإن كان له محلّ وأجاز يكون هو الطرف[٧] للمزارعة[٨] ويأخذ

---

١. لكنّه إذا كان للمزارع يرجع الزارع إليه بأُجرة عمله. (**خوئي**).

٢. ويضمن الغاصب الخسارة الواردة على المغصوب منه. (**خميني ـ صانعي**).

٣. لا فرق في جواز الرجوع وعدمه بين فرض الغرور وعدمه. (**خوئي**).

٤. هذا فيما إذا لم يؤدّ بدله. (**خوئي**).

٥. بل على الزارع أُجرة الأرض إن كان هو الغاصب للبذر بشرط جهل المالك، وعلى المزارع أُجرة العمل إن كان غاصباً. (**لنكراني**).

٦. إلّا أن يكون الزارع هو الغاصب للبذر مع جهل مالك الأرض، وعلى المالك أُجرة عمل الزارع إن كان عكس ذلك. (**صانعي**).

٧. فيما إذا كان صاحب البذر طرفاً مستقلّاً للمزارعة بهذا العنوان، وأمّا إذا كان صاحب البذر هو العامل أو المالك فلا موقع للإجازة، ومنه يظهر أنّ الحصّة التي يأخذها هي التي لصاحب البذر بعنوانه. (**لنكراني**).

٨. هذا إذا كان باذل البذر طرفاً للعقد مع العامل أو مالك الأرض بل مع كليهما أيضاً، بناءً على القول

الحصّة التي كانت للغاصب، وإذا تبيّن كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه، وإذا تبيّن كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة ولصاحبها أُجرة المثل أو قيمة الأعيان التالفة، وفي بعض الصور يحتمل جريان الفضوليّة وإمكان الإجازة كما لا يخفى.

(**مسألة ١٩**): خراج الأرض على صاحبها، وكذا مال الإجارة إذا كانت مستأجرة، وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان، وما يؤخذ لتركها في يده، ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلّاً صحّ وإن كانت ربما تزاد وربما تنقص على الأقوى، فلا يضرّ[1] مثل هذه الجهالة؛ للأخبار، وأمّا سائر المؤن كشقّ الأنهار وحفر الآبار وآلات السقي وإصلاح النهر وتنقيته ونصب الأبواب مع الحاجة إليها والدولاب ونحو ذلك ممّايتكرّر كلّ سنة أو لا يتكرّر فلابدّ من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلّا إذا كان هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها، وأمّا ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج، فليس على المالك[2]، وإن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

(**مسألة ٢٠**): يجوز لكلّ من المالك والزارع أن يخرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه بشرط القبول والرضا من الآخر؛ لجملة من الأخبار هنا وفي الثمار، فلا يختصّ ذلك بالمزارعة والمساقاة، بل مقتضى الأخبار جوازه في كلّ زرع مشترك أو ثمر مشترك، والأقوى لزومه بعد القبول وإن تبيّن بعد ذلك زيادته أو نقيصته؛ لبعض تلك الأخبار، مضافاً إلى العمومات العامّة خلافاً لجماعة، والظاهر أنّه معاملة مستقلّة وليست بيعاً ولا صلحاً معاوضيّاً، فلا يجري فيها إشكال

← بصحّة عقد المزارعة بين الأكثر من اثنين، وأمّا إذا كان العقد بين المالك والعامل مع اشتراط البذر على الثاني فلا محلّ للإجازة كما هو ظاهر، وبذلك يظهر الحال فيما إذا كانت العوامل أو نحوها مغصوبة وكان صاحب العوامل طرفاً للمعاملة. (**خوئي**).

١. محلّ إشكال بل منع. (**خميني**).

ـ فيه إشكال بل منع. (**لنكراني**).

٢. إلّا ما تعارف أخذه منه بحيث وقع العقد مبنياً عليه. (**صانعي**).

ـ إلّا إذا كان معدوداً في العرف جزءاً من الخراج، بحيث كانت العادة موجبة لانصراف الإطلاق إلى المالك. (**لنكراني**).

اتّحاد العوض والمعوّض، ولا إشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة، ولا إشكال الربا ولو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع وجريانه في مطلق المعاوضات، مع أنّ حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون، ومع الإغماض عن ذلك كلّه يكفي في صحّتها الأخبار الخاصّة، فهو نوع من المعاملة عقلائيّة ثبت بالنصوص ولتسمّ بالتقبّل، وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع[١]. نعم يمكن[٢] أن يقال: إنّها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضي، فكأنّهما يتسالمان على أن يكون حصّة أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً والبقيّة للآخر شبه القسمة أو نوع منها، وعلى ذلك يصحّ إيقاعها[٣] بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه، إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض، وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبّل.

ثمّ إنّ المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة، بل يكفي كلّ لفظ دال على التقبّل، بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً، فيكفي[٤] فيها مجرّد التراضي[٥] كما هو ظاهر الأخبار، والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل[٦] وإدراكه، فلا يجوز قبل ذلك، والقدر المتيقّن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع، فلا يصحّ الخرص وجعل المقدار في الذمّة من جنس ذلك الحاصل. نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على

---

١. مع أنّها أيضاً منها كما يترائى من الأخبار. (**صانعي**).

٢. لكن الأقوى هو كونه معاملة مستقلّة. (**خميني**).

٣. محلّ إشكال مع قطع النظر عن الأخبار. (**لنكراني**).

٤. الظاهر عدم الكفاية، بل لابدّ من الإنشاء، سواء كان باللفظ أو بغيره. (**لنكراني**).

٥. لكن الأحوط عدم الاكتفاء بمجرّده. (**خميني**).

ـ إذا كان له مبرز في الخارج. (**خوئي**).

ـ إذا كان له أي للتراضي مبرز في الخارج بحيث يعتمد عليه في مقام الإثبات وإلّا فمع عدمه، صدق العقد والعهد وشمول الأخبار ممنوع. (**صانعي**).

٦. على الأحوط. (**خميني**).

الوجه الذي ذكرنا لا مانع من ذلك فيه، لكنّه كما عرفت خارج[١] عن هذه المعاملة.

ثمّ إنّ المشهور بينهم أنّ قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل، فلو تلف بآفة سماويّة أو أرضيّة كان عليهما ولعلّه[٢] لأنّ[٣] تعيين الحصّة في المقدار المعيّن ليس من باب الكلّي في المعيّن، بل هي باقية على إشاعتها[٤]، غاية الأمر تعيينها في مقدار معيّن، مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما، والظاهر أنّ المراد من الآفة الأرضيّة ما كان من غير الإنسان، ولا يبعد[٥] لحوق[٦] إتلاف متلف من الإنسان أيضاً به، وهل يجوز خرص ثالث حصّة أحدهما أو كليهما في مقدار؟ وجهان، أقواهما العدم.

(**مسألة ٢١**): بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك من أوّل الأمر في الزرع يجب على كلّ منهما

---

١. وصحّتها أيضاً مشكلة كما عرفت. (**لنكراني**).

٢. هذا التعليل غير وجيه. (**خميني**).

٣. هذا التعليل عليل، فإنّ ظاهر النصّ والفتوى عدم بقاء الحصّة على الإشاعة، بل يختصّ المجموع بالمتقبّل، وله التصرّف فيه كيف شاء من دون حاجة إلى إذن الآخر، بل له إتلاف ما عدا المقدار المخروص، فالدليل على شرطية السلامة الإجماع، واستقرار العمل الكاشف عن تقيّد تعهد المتقبّل والتزامه بالسلامة وحساب التالف عليهما. (**لنكراني**).

٤. لا معنى للإشاعة مع تعيين المقدار، ولكنّه مع ذلك يحسب التلف عليهما على أساس أنّ المقدار المعيّن إنّما لوحظ بالإضافة إلى مجموع الحاصل، فكلّما نقص عن الحاصل بآفة سماوية أو أرضية نقص عن ذلك المقدار بالنسبة، ولعل الماتن ﷺ أراد بالإشاعة هذا المعنى. (**خوئي**).

ـ حيث إنّ المستفاد من النصّ والفتوى تعهد أحد الشريكين في هذه المعاملة حصّة الآخر على المقدار الذي يراه الخارص الخبير، فالمقدار مضافاً إلى تعيينه خارج عن الإشاعة ويكون مختصّاً بالمتقبّل، ويكون الفرق بين قبل الخرص وبعده تعين سهم أحدهما من الحاصل في المقدار المعيّن على عهدة الآخر، ولمّا أنّه مع عدم الخرص كانت الآفة عليها فكذلك مع الخرص، ولك أن تقول: الخرص مبنيّ على عدم الآفة عند العقلاء، كما أنّ الحكم مع عدم الخرص أيضاً كذلك. (**صانعي**).

٥. غير معلوم. (**لنكراني**).

٦. غير معلوم، بل لا يبعد بقاء المعاملة. (**خميني**).

الزكاة إذا كان نصيب كلّ منهما بحدّ النصاب، وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما، وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمر؛ لأنّ تعلّق الزكاة بعد صدق الاسم، وبمجرّد الظهور لا يصدق، وإن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفية، فهي على صاحب البذر منهما؛ لأنّ المفروض أنّ الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت، فتتعلّق الزكاة في ملكه.

(**مسألة ٢٢**): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّة والقسمة، فنبت بعد ذلك في العام الآتي، فإن كان البذر لهما فهو لهما، وإن كان لأحدهما فله، إلّا مع الإعراض[١]، وحينئذٍ فهو لمن سبق، ويحتمل[٢] أن يكون لهما مع عدم الإعراض[٣] مطلقاً؛ لأنّ المفروض شركتهما في الزرع، وأصله[٤] وإن كان البذر لأحدهما أو لثالث وهو الأقوى، وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحبّ فنبت فإنّه مشترك بينهما مع عدم الإعراض. نعم لو كان الباقي حبّ مختصّ بأحدهما اختصّ به[٥]، ثمّ لا يستحقّ[٦] صاحب الأرض أُجرة لذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به وإن انتفع بها، إذ لم يكن ذلك من فعله ولا من معاملة واقعة بينهما.

(**مسألة ٢٣**): لو اختلفا في المدّة وأنّها سنة أو سنتان مثلاً، فالقول قول منكر الزيادة، وكذا لو قال أحدهما: إنّها ستّة أشهر، والآخر قال: إنّها ثمانية أشهر. نعم لو ادّعى المالك[٧]

---

١. بناءً على كون الإعراض موجباً للخروج عن الملك. (**لنكراني**).

٢. الميزان في كون الحاصل في العام الآتي لهما كون أصل الزرع لهما، كان البذر لهما أو لأحدهما، وهو مقتضى إطلاق المزارعة كما مرّ. (**خميني**).

٣. بل مع الإعراض أيضاً؛ لأنّ الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك. (**خوئي**).

٤. هذا إنّما يكون بالاشتراط، وإلّا فعقدالمزارعة لا يقتضي أزيد من الاشتراك في الحاصل، كما مرّ. (**خوئي**).

ـ وإن كانت الشركة في الأصل أيضاً متوقّفة على خروج الزرع. (**لنكراني**).

٥. ولصاحب الأرض قلعه ومطالبة الأُجرة لو أراد الطرف بقاءه وكان الزرع له. (**خميني ـ صانعي**).

٦. لكنّه يجوز له القلع ومطالبة الأُجرة بالنسبة إلى بقائه لو أراد الآخر ذلك. (**لنكراني**).

٧. لا اختصاص بالمالك في الإشكال المذكور، بل لا يبعد تقديم قول مدّعي الكثرة إذا كانت دعوى مدّعي القلّة في الفرض راجعة إلى دعوى المزارعة الفاسدة. (**خميني ـ صانعي**).

مدّة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففي تقديم قوله إشكال، ولو اختلفا في الحصّة قلّة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدّعي للقلّة، هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدّة أو الحصّة وعدمها، وأمّا لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد وأنّه وقع على كذا أوكذا، فالظاهر التحالف[١]، وإن كان خلاف إطلاق كلماتهم، فإن حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

(**مسألة ٢٤**): لواختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما، فالمرجع التحالف[٢]، ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ[٣] المعاملة[٤].

(**مسألة ٢٥**): لو اختلفا في الإعارة والمزارعة، فادّعى الزارع: أنّ المالك أعطاه الأرض عارية للزراعة، والمالك ادّعى المزارعة، فالمرجع التحالف[٥] أيضاً، ومع حلفهما أو نكولهما تثبت

---

١. هذا الكلام يأتي في جميع موارد الاختلاف في العقود التي مرجعها إلى الزيادة والنقيصة، فمع كون محطّ الدعوى كيفيّة وقوع العقد يقع الكلام في أنّ الميزان في تشخيص المدّعي والمنكر هل هو محطّ الدعوى في مثل المقام أو مرجعها؟ فإن قلنا بالأوّل يكون من التحالف، وإن قلنا بالثاني يكون من الحلف والإحلاف، والمسألة بعد تحتاج إلى زيادة تأمّل، ولعلّ الموارد مختلفة، ولا يبعد في مثل المقام ترجيح الثاني. (**خميني**).

ـ بل الظاهر أنّ القول قول من يدّعي القلّة. (**خوئي**).

ـ قد مرّ في كتاب الإجارة أنّه إن كان المناط في تشخيص المدّعي والمنكر هو محطّ الدعوى ومصبّ النزاع، فاللازم في مثل المقام التحالف. وإن كان المناط هو الغرض والمقصود، فاللازم تقديم قول من يدّعي القلّة مع يمينه، إلّا إذا كان الغرض متعلّقاً بخصوصية العقد من حيث هو، فيلزم التحالف أيضاً. (**لنكراني**).

٢. إذا كان النزاع قبل العمل في العامل والعوامل. (**خميني**).

٣. ويحتمل غير بعيد أن لا يكون نتيجة التحالف هو الانفساخ كما في الفرض السابق، بل يرجع إلى القرعة في التعيين. (**لنكراني**).

٤. لا يبعد بقاء المعاملة والرجوع فيما اختلفا فيه بالقرعة أو التنصيف، والقرعة أوفق. (**خميني**).

٥. يأتي فيه الكلام السابق. (**خميني**).

ـ يجري فيه ما ذكرناه. (**لنكراني**).

أُجرة المثل[١] للأرض، فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال[٢]، وإن كان في الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك، وفي وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الأُجرة إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره بالإزالة وجهان[٣]، وإن كان النزاع قبل نثر الحبّ فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.

(**مسألة ٢٦**): لو ادّعى المالك الغصب، والزارع ادّعى المزارعة، فالقول قول المالك[٤] مع يمينه على نفي المزارعة.

(**مسألة ٢٧**): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع، هل يجوز له ذلك بعد تعلّق الزكاة وقبل البلوغ، قد يقال بعدم الجواز إلّا أن يضمن حصّتها للفقراء؛ لأنّه ضرر عليهم، والأقوى الجواز[٥]، وحقّ الفقراء يتعلّق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً.

(**مسألة ٢٨**): يستفاد من جملة من الأخبار: أنّه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلّمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدّي خراجها عنه، ولا بأس به.

---

١. مع عدم كون حصّة المالك أقلّ من أُجرة المثل. (**خميني**).

٢. الظاهر أنّه لا وجه للتحالف في هذه الصورة؛ لأنّ الزارع لا يدّعي على المالك شيئاً، وأمّا المالك فهو يدّعي الاشتراك في الحاصل فعليه الإثبات. (**خوئي**).

٣. والأقوى وجوب إبقائه مع الأُجرة إن أراد الزارع ذلك. (**صانعي**).

ـ والثاني لا يخلو عن قوّة. (**لنكراني**).

٤. لا بمعنى ثبوت عنوان الغصب وترتّب آثاره، بل بمعنى الحكم بعدم المزارعة بعدالحلف.(**خميني**).

ـ في نفي المزارعة وأمّا الغصب بما هو غصب فليس حلفه على نفي دعوى الغير مثبتاً له، نعم يد الزارع يكون غير أماني ظاهراً بسبب الحلف على نفيه والحكم به، فيترتّب عليه آثاره. (**صانعي**).

ـ أي في عدم ثبوت المزارعة لا في ثبوت عنوان الغصب حتّى يترتّب عليه آثاره. (**لنكراني**).

٥. الأقوائية ممنوعة، بل عدم الجواز لا يخلو من قوّة، جمعاً بين الحقّين، فإنّ سلطنة المالك على أرضه بحيث يكون له منع الفقراء عن الوصول إلى حقّهم مع أنّ له أخذ الأُجرة من الزارع، فكأنّ الزراعة له محلّ تأمّل، بل منع، فإنّ الضرر وارد على غير الغاصب، والمأخوذ بأشقّ الأحوال هو الغاصب دون غيره. (**صانعي**).

مسائل متفرّقة

الأُولى: إذا قصّر العامل في تربية الزرع فقلّ الحاصل، فالظاهر[1] ضمانه التفاوت[2] بحسب تخمين أهل الخبرة، كما صرّح به المحقّق القمّي في أجوبة مسائله.

الثانية: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط، أو ادّعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضرّ بالزرع وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله؛ لأنّه مؤتمن في عمله، وكذا لو ادّعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر.

الثالثة: لو ادّعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلّقاً بالزرع، وأنكر أصل الاشتراط، فالقول قول المنكر.

الرابعة: لو أدّعى احدهما على الآخر الغبن في المعاملة، فعليه إثباته، وبعده له الفسخ.

---

١. محلّ إشكال وإن كان عدم الضمان أشبه. (**خميني**).

٢. لا يبعد ذلك فيما إذا كان التقصير بعد ظهور الزرع، وأمّا إذا كان التقصير قبل ظهوره فلا وجه له. نعم للمالك حينئذٍ الفسخ والمطالبة بأُجرة المثل لمنفعة الأرض وقيمة البذر إذا كان البذر للمالك. (**خوئي**).

ـ لا يبعد ذلك فيما لم يكن المالك عالماً بتفويته وإلّا فعليه الفسخ، فالضرر عليه يكون من جانبه بعدم فسخه. (**صانعي**).

ـ إن كان المراد بالتفاوت هو التفاوت بين حاصله الموجود، وما كان يحصل مع فرض عدم التقصير، فهو يلائم الوجه الرابع من الوجوه الستّة المتقدّمة في مسألة ترك الزارع الزرع رأساً، ولا يلائم ما اختاره فيها من الوجه الخامس. وإن كان المراد به هو التفاوت بين المنفعة المستوفاة، ومقدار حصّة المالك من منفعة الأرض، ومن قيمة عمل الزارع فهو وإن كان ملائماً لما اختاره هناك، إلّا أنّ إجراء حكم الترك على التقصير غير ظاهر، والمسألة محلّ إشكال. (**لنكراني**).

الخامسة : إذا زارع المتولّي للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدّة، لزم ولا تبطل بالموت، وأمّا إذا زارع البطن المتقدّم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة، ثمّ مات في الأثناء قبل انقضاء المدّة فالظاهر بطلانها من ذلك الحين؛ لانتقال الأرض إلى البطن اللاحق، كما أنّ الأمر كذلك في إجارته لها، لكن استشكل فيه المحقّق القمّي، بأنّ عقد المزارعة لازمة ولا تنفسخ إلّا بالتقايل أو ببعض الوجوه التي ذكروها، ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة، مع أنّهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا آجر البطن المتقدّم ثمّ مات في أثناء المدّة ثمّ استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة، فالتجأ إلى أنّ الإجارة أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدّة وإن كان البطن اللاحق يتلقّى الملك من الواقف لا من السابق وأنّ ملكيّة السابق كانت إلى حين موته، بدعوى: أنّه إذا آجر مدّة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره، فكما أنّها في الظاهر محكومة بالصحّة كذلك عند الشارع وفي الواقع، فبموت السابق ينتقل ما قرّره من الأُجرة إلى اللاحق لا الأرض بمنفعتها إلى آخر ما ذكره من النقض والإبرام وفيه ما لا يخفى، ولا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين.

السادسة : يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان أو زارعاً.

السابعة : في جملة من الأخبار النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقر وثلث لصاحب الأرض، وأنّه لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقراً فإنّما يحرّم الكلام، والظاهر كراهته[1]

---

١ . لمكان «لا ينبغي» ولعلّ الكراهة إنّما تكون لما في الجعل كذلك من الإشعار بعدم الشيء للعمل مع ماله من الاحترام حتّى قبّل رسول الله ﷺ يد سعد الأنصاري كما في الحديث إنّ رسول الله ﷺ لما أقبل من غزوة تبوك استقبله سعد الأنصاري فصافحه النبي ﷺ ثم قال له: ما هذا الذي اكبت يديك؟ فقال يا رسول الله أضرب بالمرة والمسحاة فأنفقه على عيالي، فقبّل يده رسول الله ﷺ وقال: «هذه يد لا تمسّها النار»[أ]. (**صانعي**).

(أ) أسد الغابة ٢ : ٢٦٩.

وعن ابن الجنيد وابن البرّاج حرمته[١]، فالأحوط[٢] الترك.

الثامنة: بعد تحقّق المزارعة على الوجه الشرعي يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصّته بمقدار معيّن، من جنسه أو غيره، بعد التخمين بحسب المتعارف، بل لا بأس به[٣] قبل ظهوره[٤] أيضاً[٥]، كما أنّ الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخرعن حصّته في هذه القطعة من الأرض بحصّة الآخر في الأُخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأُخرى للآخر، إذ القدر المسلّم لزوم جعل الحصّة مشاعة من أوّل الأمر وفي أصل العقد.

التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أوّل الأمر وفي السنة الأُولى، بل يجوز المزارعة على أرض بائرة لا يمكن زرعها إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أزيد، وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفة وقفاً عامّاً أو خاصّاً وصارت بائرة، يجوز للمتولّي أن يسلّمها إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقلّ أو أزيد حسب ما تقتضيه المصلحة على أن يعمّرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه، ثمّ يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصّة معيّنه.

العاشرة: يستحبّ للزارع كما في الأخبار الدعاء عند نثر الحبّ، بأن يقول: «اللّهمّ قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حبّاً متراكماً» وفي بعض الأخبار: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة وقل: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ ما تَحْرُثُونَ ❊

---

١. وعن غيرهما أيضاً وهو الأظهر. (**خوئي**).

٢. لا يترك، وإن كان ما في المتن أقرب. (**خميني**).

ـ لا يترك. (**لنكراني**).

٣. مشكل. (**لنكراني**).

٤. فيه إشكال. (**خميني**).

٥. فيه إشكال إلّا إذا كان مع الضميمة. (**خوئي**).

﴿أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾[أ] ثلاث مرّات ثـمّ تـقول: بـل الله الزارع، ثلاث مرّات، ثمّ قل: اللّهمّ اجعله حبّاً مباركاً وارزقنا فيه السلامة، ثمّ انثر القبضة التي في يدك في القراح» وفي خبر آخر: «لمّا هبط آدم عليه السلام إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل: يا آدم كن حرّاثاً، فقال عليه السلام: فعلّمني دعاء قال: قل: اللّهمّ اكفني مؤونة الدّنيا وكلّ هول دون الجنّة وألبسني العافية حتّى تهنئني المعيشة».

(أ) الواقعة (٥٦): ٦٣ ـ ٦٤.

كتاب المساقاة

[فصل]

[في معنى المساقاة وشرائطها وأحكامها]

وهي معاملة على أُصول ثابتة بحصّة من ثمرها، ولا إشكال في مشروعيّتها في الجملة، ويدلّ عليها مضافاً إلى العمومات[1] خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن الرّجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمّان أو نخل أو فاكهة ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: «لا بأس» وجملة من أخبار خيبر: منها: صحيح الحلبي قال: أخبرني أبو عبدالله عليه السلام: «أنّ أباه حدّثه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها فلمّا أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة...» إلخ، هذا مع أنّها من المعاملات العقلائيّة ولم يرد نهي عنها ولا غرر فيها[2] حتّى يشملها النهي عن الغرر.

ويشترط فيها أُمور:

الأوّل: الإيجاب والقبول، ويكفي فيها كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً، بل الجملة الاسميّة مع قصد الإنشاء، بأيّ لغة كانت، ويكفي القبول الفعلي[3] بعد الإيجاب القولي كما أنّه يكفي المعاطاة.

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار.

الثالث: عدم[4] الحجر لسفه أو فلس[5].

---

١. مرّ أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعاملة. (**خوئي**).

٢. هذه المعاملة صحيحة؛ غرريّة كانت أو لا. (**خميني**).

٣. مرّ الإشكال فيه في كتاب المزارعة. (**لنكراني**).

٤. هذا إنّما يعتبر بالإضافة إلى المالك دون العامل إذا لم يستلزم تصرّفاً ماليّاً، كما مرّ في كتاب المزارعة. (**لنكراني**).

٥. لا يعتبر في العامل ذلك. (**خميني**).

ـ هذا إنّما يعتبر في المالك دون العامل. (**خوئي**).

ـ فلس العامل غير مانع من صحّتها إلّا مع اشتراط صرف المال عليه. (**صانعي**).

الرابع: كون الأُصول مملوكة عيناً ومنفعة، أو منفعة فقط، أو كونه نافذ التصرّف فيها لولاية أو وكالة أو تولية.

الخامس: كونها معيّنه عندهما معلومة لديهما.

السادس: كونها ثابتة مغروسة، فلا تصحّ في الوديّ، أي الفسيل قبل الغرس.

السابع: تعيين المدّة بالأشهر والسنين، وكونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً. نعم لا يبعد[1] جوازها في العام الواحد[2] إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر؛ لأنّه معلوم بحسب التخمين ويكفي ذلك في رفع الغرر، مع أنّه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدّمة.

الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر أو بعده وقبل البلوغ بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر، وأمّا إذا لم يكن كذلك ففي صحّتها إشكال[3]، وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك.

التاسع: أن يكون الحصّة معيّنه مشاعة، فلا تصحّ مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصحّ[4] إذا لم تكن مشاعة بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيّناً والبقيّة للآخر. نعم لا يبعد[5] جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر

---

١. إذا كان المبدأ معلوماً ولو للانصراف إلى الشروع من حين العقد أو بحسب العرف والعادة. (**لنكراني**).

٢. مع معلوميّة مبدأ الشروع في السقي أو العمل. (**خميني**).

٣. الظاهر عدم الصحّة. (**خوئي**).

٤. مساقاة، وأمّا مع عدم قصد المساقاة وقصد العقد كذلك يكون صحيحاً ومشمولاً لعمومات العقود والشروط، كما مرّ نظيره في المزارعة. (**صانعي**).

٥. اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والآخر بأُخرى بلا اشتراك في شيء منها كما هو ظاهر المتن غير صحيح. نعم لا يبعد الصحّة مع الاشتراك كما في الفرعين التاليين. (**خميني**).

ـ فيه إشكال، وقد التزم بعدم الصحّة في مثله في المزارعة. (**خوئي**).

ـ اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والأُخرى بأُخرى كما هو ظاهر المتن غير صحيح لعدم الإشاعة في الثمرة أصلاً، نعم عدم البعد في الصحّة مع الاشتراك، كما في الفرعين التاليين تمام. (**صانعي**).

ـ الظاهر عدم الجواز كما اختاره في المزارعة. نعم، لو حملت العبارة على الاشتراك في الباقي ـ كما هو خلاف ظاهرها ـ يمكن القول بالجواز، مع أنّه أيضاً مشكل كما في الفرضين التاليين، إلّا إذا

كانت الأشجار المعيّنة خارجة عن المساقاة. (**لنكراني**).

أُخرى، بل وكذا لو اشترط[١] اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والاشتراك في البقيّة، أو اشترط لأحدهما مقدار معيّن مع الاشتراك في البقيّة إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار وأنّه تبقى بقيّة.

العاشر: تعيين ما على المالك من الأُمور وما على العامل من الأعمال، إذا لم يكن هناك انصراف.

(**مسألة ١**): لا إشكال في صحّة المساقاة قبل ظهور الثمر، كما لا خلاف في عدم صحّتها بعد البلوغ والإدراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف، واختلفوا في صحّتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ، والأقوى كما أشرنا إليه صحّتها، سواء كان العمل ممّا يوجب الاستزادة أو لا[٢]، خصوصاً إذا كان في جملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها.

(**مسألة ٢**): الأقوى جواز المساقاة[٣] على الأشجار التي لا ثمر لها وإنّما ينتفع بورقها[٤] كالتوت والحنّاء ونحوهما.

(**مسألة ٣**): لا يجوز[٥] عندهم المساقاة على أُصول غير ثابتة كالبطّيخ والباذنجان

---

١. فيه إشكال بل منع كما تقدّم في المزارعة في المسألة الخامسة. (**خوئي**).

٢. مع عدم الاحتياج إلى السقي ولا إلى عمل تستزاد به فالأقرب البطلان، إلّا إذا كانت الأشجار مختلطة بعضها يحتاج وبعضها يستغني. (**خميني**).

ـ مع عدم الاحتياج إلى السقي ولا إلى عمل تستزاد به فالأقرب البطلان، إلّا إذا كانت الأشجار مختلطة بعضها يحتاج وبعضها يستغني، أو كانت المعاملة لا بقصد المساقاة، وكذا الكلام في الفرع الذي ادّعى المتن عدم الخلاف في عدم صحّة المساقاة فيه. (**صانعي**).

ـ فيه بل في الفرض الأوّل أيضاً إشكال. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٤. أو وردها. (**خميني ـ صانعي**).

٥. وهو الأقوى، كما أنّ الأقوى عدم الجواز في مطلق الزرع أيضاً. (**خميني**).

والقطن وقصب السكّر ونحوها وإن تعدّدت اللّقطات فيها كالأوّلين، ولكن لا يبعد[١] الجواز[٢] للعمومات وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك، فإنّ مقتضى العمومات الصحّة بعد كونه من المعاملات العقلائيّة ولا يكون من المعاملات الغرريّة عندهم، غاية الأمر أنّها ليست من المساقاة المصطلحة.

(**مسألة ٤**): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي لاستغنائها بماء السماء أو لمصّ أُصولها من رطوبات الأرض وإن احتاجت إلى أعمال أُخر[٣]، ولا يضرّ عدم صدق المساقاة حينئذٍ، فإنّ هذه اللفظة[٤] لم ترد[٥] في خبر من الأخبار وإنّما هي من اصطلاح العلماء، وهذا التعبير منهم مبنيّ على الغالب، ولذا قلنا[٦] بالصحّة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي، وإن ضويق نقول بصحّتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

(**مسألة ٥**): يجوز المساقاة على فُسلان مغروسة وإن لم تكن مثمرة إلّا بعد سنين، بشرط تعيين مدّة تصير مثمرة فيها ولو بعد خمس[٧] سنين أو أزيد.

(**مسألة ٦**): قد مرّ أنّه لا تصحّ المساقاة على وديّ غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة، بأن يشترط على العامل غرسه

---

١. محلّ إشكال، وأولى منه مطلق الزرع. (**لنكراني**).

٢. لا يترك الاحتياط فيه وفي مطلق الزرع، وقد تقدّم أنّ العمومات لا تشمل أمثال هذه المعاملات. (**خوئي**).

٣. موجبة لاستزادة الثمرة كمّيّة أو كيفيّة، وفي غير هذه الصورة محلّ إشكال. (**خميني**).

ـ موجبة للاستزادة، وإلّا فمحلّ إشكال. (**لنكراني**).

٤. قد ورد لفظ السقي في الرواية، ولكن الظاهر أنّه لا موضوعية له. (**خوئي**).

٥. نعم، ورد في خبر يعقوب بن شعيب المتقدّم التعبير بلفظ «اسق» ولعلّ مثله هي العلّة للتعبير من العلماء ـ رضوان الله عليهم ـ وجرى اصطلاحهم على ذلك. (**لنكراني**).

٦. الاستغناء من السقي أمرٌ وظهور الثمر أمرٌ آخر، ولا ملازمة بين القول بالجواز في الأوّل والقول به في الثاني. (**لنكراني**).

٧. مع جعل المدّة طويلة غير متعارفة إشكال. (**خميني**).

في البستان المشتمل على النخيل والأشجار ودخوله في المعاملة[١] بعد أن يصير[٢] مثمراً، بل مقتضى العمومات صحّة[٣] المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدّة تصير مثمرة وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

(**مسألة ٧**): المساقاة لازمة لا تبطل إلّا بالتقايل، أو الفسخ بخيار الشرط، أو تخلّف بعض الشروط، أو بعروض مانع عامّ موجب للبطلان، أو نحو ذلك.

(**مسألة ٨**): لا تبطل بموت أحد الطرفين فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل، فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلّا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر ثمّ يقسّم بينه وبين المالك. نعم لو كانت المساقاة مقيّدة بمباشرة العامل تبطل بموته، ولو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد فالمالك مخيّر بين الفسخ لتخلّف الشرط، وإسقاط حقّ الشرط والرضا باستئجار من يباشر.

(**مسألة ٩**): ذكروا أنّ مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل وجملة منها على المالك، وضابط الأُولى: ما يتكرّر كلّ سنة، وضابط الثانية: ما لا يتكرّر نوعاً وإن عرض له التكرّر في بعض الأحوال.

فمن الأوّل: إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقّف عليه من الآلات، وتنقية الأنهار، والسقي ومقدّماته كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه، وإزالة الحشيش المضرّة، وتهذيب جرائد النخل والكرم، والتلقيح واللقاط والتشميس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة.

ومن الثاني: حفر الآبار والأنهار وبناء الحائط والدولاب والدالية ونحو ذلك ممّا لا يتكرّر نوعاً، واختلفوا في بعض الأُمور أنّه على المالك أو العامل مثل البقر الذي يدير الدولاب، والكشّ

---

١. العمومات لا تشمل ذلك كما عرفت، وبالشرط لا يصير مساقاة، فلابدّ إذن من معاملة جديدة بعد الغرس، وبذلك يظهر أنّ العمومات لا تشمل ذلك بعنوان معاملة مستقلّة على الفسلان. (**خوئي**).

٢. في العبارة مسامحة. (**لنكراني**).

٣. محلّ إشكال. (**خميني ـ لنكراني**).

للتلقيح، وبناء الثلّم، ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك، ولا دليل على شيء من الضابطين، فالأقوى أنّه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتّبع، وإلّا فلابدّ من ذكر مايكون على كلّ منهما رفعاً للغرر، ومع الإطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً[١]؛ لأنّ المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقّف عليه تحصيله عليهما.

(**مسألة ١٠**): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك، فلاخلاف بينهم في البطلان؛ لأنّه خلاف وضع المساقاة. نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقي على المالك، فإن كان ممّا يوجب زيادة الثمر فلا إشكال في صحّته، وإن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه، وإلّا كما في الحفظ ونحوه ففي صحّته قولان، أقواهما[٢] الأوّل[٣]، وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلّا مثل الحفظ ونحوه، وإن كان الظاهر[٤] في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه كما مرّ.

(**مسألة ١١**): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال، فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل، وإن لم يمكن فله الفسخ[٥]، وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلّف الشرط، وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأُجرة العمل بالنسبة إلى حصّته، بمعنى أن يكون مخيّراً بين الفسخ وبين المطالبة بالأُجرة؟ وجهان، بل قولان، أقواهما ذلك[٦]. ودعوى: أنّ

---

١. فيه إشكال بل منع، وقد مرّ منه اعتبار التعيين في المزارعة. (**خوئي**).

٢. بل الأقرب الثاني، وكذا في الفرع التالي. (**لنكراني**).

٣. بل الأقرب الثاني، وكذا في الفرع التالي. (**خميني**).

ـ بل أقواهما الثاني وكذا الحال فيما بعده. (**خوئي**).

ـ بمقتضى العمومات والثاني بمقتضى المساقاة. (**صانعي**).

٤. بحسب المساقاة وأمّا بحسب العمومات فالظاهر عدم وقوعه مورداً للتعرّض. (**صانعي**).

٥. بل مع التمكّن من الإجبار أيضاً. (**خوئي**).

٦. محلّ إشكال في المقام، ولا يبعد أن تكون الشروط مختلفة، والتفصيل لا يسعه المقام. (**خميني**).

ـ بل أقواهما عدمه هنا وفي سائر العقود. (**خوئي**).

←

الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه والتسلّط على الخيار بعدم الوفاء به، مدفوعة بالمنع من عدم إفادته التمليك، وكونه قيداً في المعاملة لا جزء من العوض يقابل بالمال لا ينافي إفادته لملكيّة من له الشرط إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه، والمسألة سيّالة في سائر العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري مثلاً خياطة ثوب في وقت معيّن وفات الوقت، فللبائع الفسخ، أو المطالبة بأُجرة الخياطة وهكذا.

(**مسألة ١٢**): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صحّ، أمّا لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك، وقد مرّ عدم الخلاف في بطلانه؛ لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة، ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاصّ بالعامل، فلا ينبغي الإشكال في صحّته، وإن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى: أنّ عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنّه صار مساقياً بلا عمل منه، ولا يخفى ما فيها، ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنّه هو العامل ففي صحّته وجهان، لا يبعد[1] الأوّل[2]؛ لأنّ الغلام

← ـ لا لما علّله من كون الشرط مفيداً للتمليك؛ لعدم كونه مفيداً له عرفاً، كما أشار إليه في الدعوى، بل لأنّ مثل هذا الشرط كان مفوتاً لحصّة المالك وموجباً لضرره، وبذلك يظهر اختلاف الشروط في العقود والمعاملات في ذلك. وبالجملة كلّ شرط موجب للضرر على المالك وتفويت المنفعة عليه موجب للضمان دون ما لم يكن كذلك مثل شرط الخياطة المذكورة في المتن. (**صانعي**).

ـ محلّ تأمّل، بل منع مطلقاً. (**لنكراني**).

١. لا إشكال في بطلانه كبطلانه في الفرع التالي. (**خميني**).

٢. بل هو بعيد جدّاً. (**خوئي**).

ـ بل لا إشكال في الثاني فيه وفي لازمه فإنّ المعاملة كذلك، مضافاً إلى رجوعها إلى كون العمل للمالك الذي لا خلاف بينهم في بطلانه، غير عقلائية، بل سفهية. (**صانعي**).

←

حينئذٍ كأنّه نائب عنه في العمل بإذن المالك وإن كان لا يخلو عن إشكال مع ذلك، ولازم القول بالصحّة الصحّة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل.

(**مسألة ١٣**): لا يشترط[١] أن يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأُجرة، ويجوز أن يشترط كون أُجرة بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع لا وجه له، وكذا يجوز أن يشترط كون الأُجرة عليهما معاً في ذمّتهما أو الأداء من الثمر[١]، وأمّا لو شرط على المالك أن يكون أُجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر ففي صحّته وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنّ التصدّي لاستعمال الأُجراء نوع من العمل، وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك؛ لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها، والمالك ليس له معرفة بذلك.

والثاني[٢]: المنع؛ لأنّه خلاف وضع المساقاة، والأقوى الأوّل[٣]. هذا، ولو شرطا كون الأُجرة حصّة مشاعة من الثمر بطل؛ للجهل بمقدار مال الإجارة، فهي باطلة.

(**مسألة ١٤**): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد، وكان جميعه للمالك، وحينئذٍ فإن شرطا انفراد العامل به استحقّ[٤] أُجرة المثل[٥] لعمله، وإن شرطا انفراد المالك به لم يستحقّ[٦] العامل شيئاً؛ لأنّه حينئذٍ متبرّع بعمله.

---

١. إن أُريد بذلك اشتراط أداء الأُجرة الثابتة في الذمّة من الثمر فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّه خلاف ظاهر المقابلة في العبارة، وإن أُريد بذلك جعل الأُجرة في الثمر كما هو ظاهر العبارة فهو غير صحيح لأنّ الثمر معدوم حين العقد فلا يصحّ جعله أُجرة، ومن ذلك يظهر حال ما بعده. (**خوئي**).

٢. وهو الأقوى. (**خميني**).

٣. بل الثاني هو الأقوى. (**خوئي**).

ـ بمقتضى العمومات، والثاني بمقتضى المساقاة، وعليه فتكون المعاملة كذلك صحيحة لكن لا يترتّب عليها آثار المساقاة ولا يصحّ إنشائها بإنشاء المساقاة. (**صانعي**).

← ـ بل هو بعيد جدّاً كما في لازمه، وهو اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل. (**لنكراني**).

١. أي عند الإطلاق وعدم الانصراف. (**لنكراني**).

ـ بل الثاني إلّا إذا لم يكن الغرض متعلّقاً بالمساقاة المصطلحة ففيه إشكال. (**لنكراني**).

٤. مع كون الثمرة بحسب المتعارف بمقدار أُجرة المثل أو أكثر، ومع الأقلّيّة لا يستحقّ الزيادة. (**خميني**).

٥. أو مقدار الحصّة إذا كانت أقلّ من أُجرة المثل. (**لنكراني**).

٦. بل يستحقّ الأُجرة، أيضاً لاحترام عمل المسلم بعد العلم بعدم كون ذلك من المتبرّع المسقط للأُجرة له، أو الشكّ فيه، والرضا بالعقد الفاسد أو بالعقد المتضمّن لعدم الأُجرة ليس رضى بعمل بلا أُجرة. فإنّ الحيثية ملحوظة، بمعنى كون المتشخّص منه في الخارج الرضى بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك، والعمل الصادر منه إنّما هو من حيث إنّه مقتضى العقد الفاسد، لا أنّه رضى منه بالعمل في حدّ ذاته وفي نفسه بلا عوض. فمع فساد العقد الذي قد وقع العمل على مقتضاه يعاملا معاملة الصحيح، يبقى احترام العمل بنفسه. نعم، مع العلم بالفساد ليس للعالم أُجرة المثل ولا الثمرة، بل لابدّ من العمل على العلم على مقتضى إذن العالم وقصده. (**صانعي**).

(**مسألة ١٥**): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل والكرم والرمّان ونحوها من أنواع الفواكه، فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كلّ واحد، فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما وإن لم يعلم عدد كلّ نوع إلّا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر[١].

(**مسألة ١٦**): يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث والرمّان بالربع مثلاً وهكذا، واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كلّ نوع، ولكن الفرق بين هذه وصورة اتّحاد الحصّة في الجميع غير واضح، والأقوى الصحّة مع عدم الغرر في الموضعين والبطلان معه[٢] فيهما.

(**مسألة ١٧**): لو ساقاه بالنصف مثلاً إن سقى بالناضح، وبالثلث إن سقى بالسيح ففي

---

١. لا وجه لهذا الاستثناء، حيث إن هذه المعاملة مبنيّة على عدم العلم بعدد الأشجار والفواكه وإن استلزم الغرر، وبذلك يظهر الحال في المسائل الآتية. (**خوئي**).

ـ قد مرّ عدم كونه مضرّاً بالصحّة. (**صانعي**).

٢. مرّ عدم كون الغرر فيها موجباً للبطلان. (**صانعي**).

صحّته قولان، أقواهما الصحّة[١]؛ لعدم إضرار مثل هذه الجهالة؛ لعدم ايجابها الغرر مع أنّ بنائها على تحمّله، خصوصاً على القول[٢] بصحّة مثله في الإجارة، كما إذا قال: إن خطت روميّاً فبدرهمين وإن خطت فارسياً فبدرهم.

(**مسألة ١٨**): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضّة أو غيرهما مضافاً إلى الحصّة من الفائدة، والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضّة، ومستندهم في الكراهة غير واضح، كما أنّه لم يتّضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضاً، وكذا اختصاصها بالذهب والفضّة أو جريانها في مطلق الضميمة، والأمر سهل.

(**مسألة ١٩**): في صورة اشتراط شيء من الذهب والفضّة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان، أقواهما العدم، فليس قرارهما مشروطاً بالسلامة. نعم لو تلف الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلاً، ففي سقوط الضميمة وعدمه أقوال:

ثالثها: الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط، وبين العكس فلا تسقط.

رابعها[٣]: الفرق بين صورة عدم الخروج أصلاً فتسقط، وصورة التلف فلا، والأقوى

---

١. محلّ إشكال، وقد مرّ الحكم بالبطلان في الإجارة بالنحو المذكور. (**خميني**).

ـ بل الأقوى البطلان كما في الاجارة المردّدة. (**خوئي**).

٢. كما عرفت استظهاره منّا في حواشي كتاب الإجارة. (**لنكراني**).

٣. هذا لا يخلو من قوّة، والأحوط التخلّص بالتصالح. (**خميني**).

ـ بل هنا وجه خامس وهو: أنّ المساقاة في فرض عدم ظهور الثمر أصلاً باطلة لأنّه لم تكن معاوضة في هذا الفرض إلّا صورتها، ولذا لو علم من الخارج بعد عقد المساقاة أنّ الثمرة لا تخرج أصلاً لم تكن شبهة في بطلانه، وعليه فلا أثر للشرط المزبور لأنّه شرط في ضمن عقد باطل، وأمّا في صورة التلف كلّاً أو بعضاً فنفوذ الشرط وعدم نفوذه تابع لكيفية جعله إطلاقاً أو تقييداً، فإذا لم يكن دليل على التقييد ولو من جهة الانصراف وجب العمل بالشرط من دون فرق بين أن يكون الشرط ←

عدم السقوط مطلقاً؛ لكونه شرطاً في عقد لازم، فيجب الوفاء به، ودعوى: أنّ عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحّة المعاملة من الأوّل؛ لعدم ما يكون مقابلا للعمل، أمّا في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، وأمّا مع كونها للعامل، فلأنّ الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيّة فتكون المعاملة باطلة من الأوّل ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط، مدفوعة مضافاً إلى عدم تماميّته بالنسبة إلى صورة التلف لحصول العوض بظهور الثمرة وملكيّتها وإن تلف بعد ذلك بأنّا نمنع[1] كون المساقاة معاوضة بين حصّة من الفائدة والعمل، بل حقيقتها[2] تسليط من المالك للعامل على الأُصول للاستنماء له وللمالك، ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك، ولذا لا يستحقّ العامل أُجرة عمله إذا لم يخرج أو خرج وتلف بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضمّ الضميمة، بدعوى الكشف عن بطلانها من الأوّل واحترام عمل المسلم، فهي نظير المضاربة، حيث إنّها أيضاً تسليط

← على العامل أو على المالك. (**خوئي**).

ـ ولعلّه الأقرب. (**لنكراني**).

١. الظاهر كون حقيقتها عرفاً وشرعاً هي العمل بإزاء الحصّة المجعولة، كما يشعر بذلك بل يدلّ عليه قوله في صحيحة ابن شعيب: ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرجه الله منه، قال: «لا بأس» وكأنّ اعتبارها غير اعتبار المضاربة، بل المزارعة. (**خميني**).

٢. الظاهر أنّ حقيقتها ما يدلّ عليه تعريفها في السابق، وهي المعاملة على أُصول ثابتة بحصّة من ثمرها، وهو الذي يدلّ عليه قوله عليه السلام في صحيحة ابن شعيب: «اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج» فإنّ ظهوره في مقابلة الحصّة والعمل لا ريب فيه، وعليه فوجود الثمرة ركن في تحقّق المساقاة، ومنه يظهر تغاير اعتبارها مع المضاربة التي هي التسليط على المال للاسترباح، مع أنّه على تقدير كون حقيقتها هي التسليط على الأُصول للاستنماء له وللمالك، فمجرّد الاحتمال وإن كان يكفي في تعلّق القصد بهذه الحقيقة، إلّا أنّه مع انكشاف عدم النماء رأساً لا مجال لاتّصافها بالصحّة؛ لأنّه لا يعقل الاستنماء حقيقة في ما لا نماء فيه واقعاً، وهذا هو الوجه في البطلان فيما لو تبيّن عدم قابلية الأُصول للثمر لليبس أو الكبر أو نحوهما. (**لنكراني**).

على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق، كما أنّ ما ذكره في «الجواهر» من الفرق بينهما، بأنّ في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصّة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل وأمّا المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة ولا يكفي احتمال مجرّد، دعوى لا بيّنة لها، ودعوى: أنّ من المعلوم أنّه لو علم من أوّل الأمر عدم خروج الثمر لا يصحّ المساقاة، ولازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثمّ انكشف بعد ذلك، مدفوعة، بأنّ الوجه في عدم الصحّة كون المعاملة سفهيّة[١] مع العلم بعدم الخروج من الأوّل بخلاف المفروض، فالأقوى ما ذكرنا من الصحّة ولزوم الوفاء بالشرط، وهو تسليم الضميمة[٢] وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة. نعم لو تبيّن عدم قابليّة الأُصول للثمر إمّا ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك، كشف عن بطلان المعاملة من الأوّل، ومعه يمكن استحقاق العامل للأُجرة[٣] إذا كان جاهلاً[٤] بالحال[٥].

(**مسألة ٢٠**): لو جعل المالك للعامل مع الحصّة من الفائدة ملك حصّة من الأُصول مشاعاً أو مفروزاً ففي صحّته مطلقاً، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون ذلك بنحو الشرط فيصحّ، أو على وجه الجزئيّة فلا، أقوال، والأقوى الأوّل[٦]؛ للعمومات، ودعوى: أنّ

---

١. ليس هذا هو الوجه، إذ لا دليل على بطلان المعاملة السفهية، بل الوجه في البطلان مع العلم بعدم الخروج من الأوّل مضافاً إلى ما تقدّم [في نفس المسألة ـ التعليقة السابقة] هو امتناع تعلّق القصد الجدّي بالمعاملة. (**خوئي**).

٢. إلّا أن يدّعى انصراف الشرط إلى حصول الثمرة ووصولها بيد المالك والعامل وانصرافه عن عدم حصول الثمرة، لاسيّما بالنسبة إلى شرط المالك على العامل الضميمة، وهذه الدعوى غير بعيدة. (**صانعي**).

٣. لا وجه لذلك، نعم إذا كان المالك عالماً بالحال والعامل جاهلاً به يمكن القول بالاستحقاق لقاعدة الغرور ولكنّها غير تامّة عندنا. (**خوئي**).

٤. قد مرّ الإشكال على التفصيل بين العالم والجاهل مراراً. (**لنكراني**).

٥. الجهل بالحال لا يوجب عدم الاستحقاق، كما مرّ نظيره في الإجارة وغيرها. (**خميني**).

٦. الأحوط أن يجعل على نحو الشرط وإن كان الأقوى ما في المتن. (**خميني**).

ذلك على خلاف وضع المساقاة، كما ترى، كدعوى: أنّ مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك، إذ هو أوّل الدعوى، والقول بأنّه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه، فيه: أنّه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة كما في المقام، حيث إنّ تلك الأُصول وإن لم تكن للمالك الشارط، إلّا أنّ عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصّة من نمائها، ودعوى: أنّه إذا كانت تلك الأُصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعيّة نمائها لها، مدفوعة، بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملّك حصّة من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأُصول بمنزلة المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها ممّا هو للمالك بإزاء الحصّة من نمائه مع نفس تلك الأُصول.

(**مسألة ٢١**): إذا تبيّن في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلاً، هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم.

(**مسألة ٢٢**): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصّة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور وبدوّ الصلاح، بل وكذا قبل البدوّ، بل قبل الظهور[1] أيضاً[2]، إذا

← ـ بل الأقوى الأخير، إذ الجعل على وجه الجزئية لا يتصوّر إلّا بجعل العمل للمالك والعامل معاً، ومعه لا تصحّ المساقاة. (**خوئي**).

١. البطلان أشبه قبل الظهور ولو مع القيدين، وأمّا مع الظهور قبل البدوّ، فلا يبعد صحّته مع اشتراط القطع أو شرط بقائه مدّة معلومة. (**خميني**).

ـ الظاهر هو البطلان قبل الظهور مطلقاً ولو مع القيدين؛ لما عرفت في كتاب الإجارة من عدم معقولية هذا النحو من التمليك، وقياسه على معاملة ما في الذمّة واضح الفساد، وهذا هو الوجه في البطلان في بيع الثمار قبل الظهور، لا الأخبار المانعة للقصور فيها سنداً أو دلالة، ولم يثبت إجماع على الجواز فيه قبل الظهور ولو مع الضميمة أو عامين. وأمّا بعد الظهور قبل البدو في المقام فالظاهر أنّه لا مانع منه مع شرط القطع والاتّصاف بالمالية إذا قطع، أو مع شرط البقاء مدّة معلومة، وبدون ذلك محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال، وإسراء حكم البيع إلى الإجارة قياس. (**خوئي**).

كان مع الضميمة الموجودة أو عامين، وأمّا قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه[١]، لا لعدم معقوليّة تمليك ما ليس بموجود؛ لأنّا نمنع عدم المعقوليّة بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبليّ ولذا يصحّ مع الضميمة أو عامين حيث إنّهم اتّفقوا عليه[٢] في بيع الثمار وصرّح به جماعة هاهنا بل لظهور اتّفاقهم على عدم الجواز، كما هو كذلك في بيع الثمار، ووجه المنع هناك[٣] خصوص الأخبار الدالّة عليه[٤]، وظاهرها أنّ وجه المنع الغرر لا عدم معقوليّة تعلّق الملكيّة بالمعدوم، ولولا ظهور الإجماع في المقام لقلنا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما في الذمّة مع عدم كون العين موجوداً فعلاً عند ذيها، بل وإن لم يكن في الخارج أصلاً، والحاصل: أنّ الوجود الاعتباريّ يكفي في صحّة تعلّق الملكيّة، فكأنّ العين موجودة في عهدة الشجر، كما أنّها موجودة في عهدة الشخص.

(**مسألة ٢٣**): كلّ موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك وللعامل أُجرة المثل لعمله، إلّا إذا كان عالماً[٥] بالبطلان، ومع ذلك أقدم على العمل[٦]، أو كان الفساد لأجل اشتراط

---

١. بل الظاهر جوازه أيضاً؛ لما يبينه المتن من عدم الدليل على المنع، وأنّه لولا ظهور الإجماع في المقام لقال بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، والاجماع مع كون المسألة مصبّ الاجتهاد، بعدم المعقولية، كما ترى. (**صانعي**).

٢. ادّعائه الاتفاق عجيب، حيث إنّ المنع مع الضميمة أو أكثر من عام واحد هو المشهور، بل عن ابن إدريس ادّعاء الإجماع على المنع. نعم عن الصدوق القول بالجواز في الثاني وعليك بعبارة الشرائع ليزدادك عجباً على ادّعاء الماتن، ففيه: أمّا النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردّد والمروي الجواز. (**صانعي**).

٣. تقدّم وجه المنع في بحث الإجارة [في فصل في مسائل متفرّقة]. (**خوئي**).

٤. قد مرّ عدم دلالة تلك الأخبار على المنع، نعم مع الدلالة والتمامية كانت مختصّة بموردها كما عليه المتن. (**صانعي**).

٥. العلم بالفساد شرعاً لا يوجب سقوط الأُجرة. نعم لو كان الفساد مستنداً إلى اشتراط جميع الثمرة للمالك يتّجه عدم الاستحقاق؛ كان عالماً بالفساد أو لا، واستحقاق أُجرة المثل إنّما هو فيما ←

كون جميع الفائدة للمالك، حيث إنّه بمنزلة المتبرّع في هاتين الصورتين، فلا يستحقّ أُجرة المثل على الأقوى وإن كان عمله بعنوان المساقاة.

(**مسألة ٢٤**): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة، كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أُساقيك على هذا الآخر بالثلث، والقول بعدم الصحّة لأنّه كالبيعين في بيع المنهيّ عنه ضعيف؛ لمنع كونه من هذا القبيل، فإنّ المنهيّ عنه البيع حالّاً بكذا ومؤجّلاً بكذا أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى تقدير آخر بكذا، والمقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا على أن أُبيعك بستاني بكذا، ولا مانع منه؛ لأنّه شرط مشروع في ضمن العقد.

(**مسألة ٢٥**): يجوز تعدّد العامل، كأن يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما، مع تعيين عمل كلّ منهما بينهم، أو فيما بينهما، وتعيين حصّة كلّ منهما، وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا، وحينئذٍ فإن كانت الحصّة المعيّنة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث مثلاً صحّ وإن لم يعلم العامل كيفيّة شركتهما وأنّها بالنصف أو غيره، وإن لم يكن سواء كأن يكون

← إذا كانت حصّته بحسب التعارف بقدرها أو أكثر، وإلّا فلا يستحقّ إلّا الأقلّ. (**خميني**).

ـ العلم بالفساد شرعاً لا يوجب سقوط الأُجرة لعدم الإقدام معه على المجانية، بل الإقدام لتحصيل العوض وأخذ الثمرة، وعلمه بالفساد سبب للبناء على المعاملة خلافاً على الشارع، وذلك ظاهر غير محتاج إلى تأمّل زائد. نعم لو كان الفساد مستنداً إلى اشتراط جميع الثمرة للمالك يتّجه عدم الاستحقاق كان عالماً بالفساد أولا، كما لا يخفى. ثم إنّ استحقاق أُجرة المثل لعمله منوط بعدم كون حصّته حسب التعارف أقلّ من الأُجرة وإلّا فلا يستحقّ الأُجرة، بل يستحقّ مقدار تلك الحصّة. (**صانعي**).

ـ قد مرّ عدم الفرق بين الجاهل والعالم في ذلك. نعم، لو كان منشأ الفساد جعل تمام الثمر للمالك لا يستحقّ شيئاً مطلقاً، كما أنّه في صورة الاستحقاق يستحقّ أقلّ الأمرين من أُجرة المثل ومن مقدار حصّته من الثمرة. (**لنكراني**).

٦. العلم بالبطلان لا يوجب تبرّع العامل بعمله، وقد مرّ نظيره في المضاربة والمزارعة. نعم الأمر كما ذكر فيما إذا اشترط كون تمام الفائدة للمالك. (**خوئي**).

في حصّة أحدهما بالنصف وفي حصّة الآخر بالثلث مثلاً فلابدّ من علمه بمقدار حصّة كلّ منهما؛ لرفع الغرر والجهالة في مقدار حصّته من الثمر.

(**مسألة ٢٦**): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداء أو في الأثناء، فالظاهر أنّ المالك مخيّر بين الفسخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعيّ، فيجبره على العمل، وإن لم يمكن استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأُجرة مؤجّلة إلى وقت الثمر فيؤدّيها منه، أو يستقرض عليه ويستأجر من يعمل عنه، وإن تعذّر الرجوع إلى الحاكم أو تعسّر فيقوم بالأُمور المذكورة عدول المؤمنين، بل لا يبعد[١] جواز إجباره بنفسه، أو المقاصّة[٢] من ماله[٣]، أو استئجار المالك عنه ثمّ الرجوع عليه، أو نحو ذلك. وقد يقال بعدم جوازالفسخ إلّا بعد تعذّرالإجبار وأنّ اللازم[٤] كون الإجبار من الحاكم[٥] مع إمكانه، وهو أحوط[٦] وإن كان الأقوى التخيير بين الأُمور المذكورة.

هذا إذا لم يكن مقيّداً بالمباشرة، وإلّا فيكون مخيّراً[٧] بين الفسخ والإجبار، ولا يجوز الاستئجار عنه للعمل. نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحوالشرط لا القيد يمكن إسقاط حقّ

---

١. بل لا يخلو عن قوّة. (**صانعي**).

٢. للاستئجار. (**خميني**).

٣. في جوازها وجواز استئجار المالك عنه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. في العبارة مسامحة، فإنّ لزوم كون الإجبار من الحاكم مع إمكانه لا يختصّ بهذا القول بل هو مسلّم لا إشكال فيه. (**لنكراني**).

٥. تقدّم إجبار الحاكم على إجبار غيره مع اختيار المالك الإجبار وعدم الفسخ لا إشكال فيه، وكأنّ العبارة لا تخلو من نحو تشويش. (**خميني**).

٦. لا يترك وإن كان ما في المتن لا يخلو من قوّة. (**خميني**).

ـ وهو الأحوط الأولى دفعاً لاحتمال التنازع والمشاجرة. (**صانعي**).

ـ لا يترك. (**لنكراني**).

٧. بالنحو الذي عرفت من تأخّر رتبة الفسخ عن الإجبار احتياطاً. (**لنكراني**).

الشرط والاستئجار عنه أيضاً.

(**مسألة ٢٧**): إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز، إذا لم يشترط المباشرة، بل لو أتى به من غير قصد[١] التبرّع عنه أيضاً كفى[٢]، بل ولو قصد التبرّع عن المالك كان كذلك أيضاً[٣] وإن كان لا يخلو عن إشكال، فلا يسقط حقّه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزح من الآبار، خصوصاً إذا كانت العادة كذلك، وربما يستشكل بأنّه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإنّ الأجير لا يستحقّ الأُجرة؛ لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل، ويجاب بأنّ وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإنّ المراد حصول الزرع والثمرة فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحقّ حصّته، بخلاف الإجارة فإنّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه، ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال، وأمّا لو كان على خلافه كما إذا لم يكن عليه إلّا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلّية، فاستحقاقه للحصّة مع عدم صدور عمل منه أصلاً مشكل[٤].

(**مسألة ٢٨**): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل، يكون الثمر له،

---

١. لا يخلو من إشكال وان لا يخلو من وجه. (**خميني**).

٢. لا يخلو عن إشكال كما في الفرض اللاحق، خصوصاً إذا كان ما يأتي به جميع عمل المساقاة. (**لنكراني**).

٣. هذا فيما إذا كان المأتي به بعض عمل المساقاة، وأمّا إذا كان جميعه ففي كفايته في غير ما إذا قصد التبرّع به عن العامل إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. بل ممنوع. (**خميني**).

ـ الظاهر عدم الإشكال في استحقاقه، قضاءً للعقد الواقع صحيحاً، ونزول المطر وعدم صدور السقي والعمل من العامل، بعدما كان معداً لذلك غير مانع من الاستحقاق وترتّب أثر العقد، كما لا يخفى. (**صانعي**).

ـ لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة فيما هو الملاك، فالتفريق في غير محلّه. (**لنكراني**).

وعليه أُجرة المثل[١] للعامل بمقدار ما عمل. هذا إذا كان قبل ظهور الثمر، وإن كان بعده يكون[٢] للعامل حصّته[٣] وعليه الأُجرة للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء، وإلّا فله الإجبار على القطع بقدر حصّته، إلّا إذا لم يكن له قيمة أصلاً، فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور.

(**مسألة ٢٩**): قد عرفت: أنّه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه، إمّا مطلقاً كما لا يبعد[٤]، أو بعد تعذّر الرجوع إلى الحاكم، لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستئجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتّى بينه وبين الله، وفيه ما لا يخفى، فالأقوى أنّ الإشهاد للإثبات ظاهراً، وإلّا فلا يكون شرطاً للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحقّ الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستئجار. نعم لو اختلفا في مقدار الأُجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة، وقد يقال بتقديم قول المالك؛ لأنّه أمين، وفيه ما لا يخفى، وأمّا لو اختلفا في أنّه تبرّع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك؛

---

١. مع القيد المتقدّم. (**خميني**).

ـ الظاهر أنّه لا يستحقّ أُجرة المثل؛ لأنّ هذا العمل لم يقع عليه العقد حتّى يكون بأمر المالك فإنّ الواقع عليه العقد هو العمل المنتهي إلى وصول الثمر لا مطلقاً. (**خوئي**).

٢. بل لا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة، سواء كان الفسخ مؤثّراً من الأصل أو من الحين، وسواء كانت حقيقة المساقاة ما أفاده في تعريفها كما استظهرناه، أو كانت حقيقتها ما اختاره في مسألة ١٩ المتقدّمة من أنّها عبارة عن التسليط للاستنماء، فإنّه على جميع التقادير يكون أثر الفسخ رفع أثر العقد الذي هي الملكية. (**لنكراني**).

٣. لا وجه له بعد كون الفسخ من الأصل لا من حينه. (**خميني**).

ـ الظاهر أنّ حكم الفسخ بعده حكمه قبله. (**خوئي**).

٤. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

ـ وقد مرّ الإشكال فيه. (**خوئي**).

ـ بل بعيد. (**لنكراني**).

لاحترام[١] ماله وعمله، إلّا إذا ثبت التبرّع وإن كان لا يخلو عن إشكال، بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

(**مسألة ٣٠**): لو تبيّن بالبيّنة أو غيرها[٢] أنّ الأُصول كانت مغصوبة، فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحّت المساقاة، وإلّا بطلت وكان تمام الثمرة للمالك المغصوب منه، ويستحقّ العامل أُجرة المثل على الغاصب إذا كان جاهلاً بالحال[٣]، إلّا إذا كان مدّعياً عدم الغصبيّة وأنّها كانت للمساقي، إذ حينئذٍ ليس له الرجوع عليه لاعترافه بصحّة المعاملة وأنّ المدّعي أخذ الثمرة منه ظلماً. هذا إذا كانت الثمرة باقية، وأمّا لو اقتسماها وتلفت عندهما فالأقوى أنّ للمالك الرجوع[٤] بعوضها على كلّ من الغاصب والعامل بتمامه، وله الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته، فعلى الأخير لا إشكال، وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصّته، إلّا إذا اعترف بصحّة العقد وبطلان دعوى المدّعي للغصبيّة؛ لأنّه حينئذٍ معترف بأنّه غرمه ظلماً، وقيل: إنّ المالك مخيّر بين الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته، وبين الرجوع على الغاصب بالجميع، فيرجع هو على العامل بمقدار حصّته وليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلّا إذا كان عالماً بالحال، ولا وجه له[٥] بعد ثبوت يده على الثمر، بل العين أيضاً، فالأقوى ما ذكرنا؛ لأنّ يد كلّ منهما يد ضمان وقرار الضمان على من تلف في يده العين ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه.

---

١. بل لأنّه أعرف بنيّته ولا تعرف إلّا من قبله كما في نظائره. (**لنكراني**).

٢. هذا إذا كان حجّة مطلقاً، وأمّا مثل اعتراف المساقي فلا أثر له بالإضافة إلى العامل. (**خوئي**).

٣. مرّ الكلام فيه مراراً. (**لنكراني**).

٤. لا وجه لرجوعه على العامل إلّا بالمقدار الذي وقع من الثمر تحت يده وسلطانه، وهو خصوص حصّته منه لا جميعه. نعم له الرجوع بتمام عوضها على الغاصب فقط. (**خوئي**).

٥. إذا استولى العامل على العين والثمرة، وأمّا إذا كانتا تحت يد المالك والعامل يقوم بالسقي والعمل، فالوجه الرجوع إلى المالك ولو في حصّة العامل قبل استيلائه عليها. نعم مع استيلائه عليها يجوز الرجوع إليه أيضاً، فالميزان في الرجوع هو الاستيلاء لا مطلق التصرّف. (**خميني ـ صانعي**).

هذا، ويحتمل[١] في أصل المسألة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل؛ لأنّه مغرور من قبله[٢] ولا ينافيه ضمانه لأُجرة عمله، فإنّه محترم وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصّة عوضاً عنه فيستحقّها، وإتلافه الحصّة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

(**مسألة ٣١**): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة أو مع النهي عنه[٣]. وأمّا مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقاً كما في الإجارة والمزارعة وإن كان لا يجوز تسليم الأُصول إلى العامل[٤] الثاني إلّا بإذن المالك، أو لا يجوز مطلقاً وإن أذن المالك، أو لا يجوز إلّا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده، أقوال[٥]، أقواها الأوّل[٦]، ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو في الجملة بعد شمول العمومات من قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾(أ) و﴿**تِجارَةً عَنْ تَراضٍ**﴾(ب) وكونها على خلاف

---

١. لكنّه غير وجيه. (**خميني**).

ـ لكنّه غير وجيه، فإنّه لم يقدم على أن تكون الحصّة له مجّاناً، ولم يتحقّق من الغاصب غرور بالإضافة إليه، بل دخل على كونها بإزاء عمله، والمفروض فساد المعاملة ورجوعه إلى الغاصب بأُجرة مثل العمل، فما الموجب لعدم كونه ضامناً للحصّة، وأيّ غرور يفرض في المقام. (**لنكراني**).

٢. أيّ غرور في المقام، مع أنّه أقدم على تملّك حصّته المجعولة له بإزاء عمله لا مجاناً، والمفروض أنّه يرجع على المالك بأُجرة مثله، فالاحتمال المزبور ضعيف جدّاً. (**خوئي**).

٣. نهي المالك بما هو مالك لا يؤثّر بالإضافة إلى المساقاة الثانية؛ لعدم كونها من شؤون ملكيّته، بل غايته التأثير بالنسبة إلى تسليم الأُصول إلى العامل الثاني، وهو لا يلازم المساقاة. (**لنكراني**).

٤. الحكم فيه كما مرّ في المزارعة والإجارة. (**خوئي**).

٥. أقواها الثاني، فإنّه ليس مساقاة، كما مرّ في المزارعة ـ أيضاً ـ ما هو الأقوى، فراجع. (**خميني**).

٦. لا مساقاة، كما علّله من عموم «أوفوا بالعقود» حيث إنّه لا يكون دليلاً على صدق المساقاة بعد عدم صدقها عرفاً، بل لعمومه بما أنّه عقد مستقل. (**صانعي**).

ـ كما في المزارعة والإجارة، ولم يظهر للمساقاة وجه اختصاص بالمنع. نعم، قد مرّ الإشكال في صحّة المساقاة بعد ظهور الثمر. (**لنكراني**).

الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم ممنوع، بعد شمولها، ودعوى: أنّه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقي أو كان وكيلاً عن المالك أو وليّاً عليه، كماترى، إذ هو أوّل الدعوى.

(**مسألة ٣٢**): خراج السلطان في الأراضي الخراجيّة على المالك؛ لأنّه إنّما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين لا الغرس الذي هو للمالك، وإن أُخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك، فهو على المالك مطلقاً إلّا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

(**مسألة ٣٣**): مقتضى عقد المساقاة ملكيّة العامل للحصّة من الثمر من حين ظهوره، والظاهر عدم الخلاف فيه إلّا من بعض العامّة، حيث قال بعدم ملكيّته له إلّا بالقسمة؛ قياساً على عامل القراض حيث إنّه لا يملك الربح إلّا بعد الإنضاض، وهو ممنوع عليه حتّى في المقيس عليه. نعم لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحّته[1] ويتفرّع على ما ذكرنا فروع: منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل، فإنّ المعاملة تبطل من حينه[2]، والحصّة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا.

ومنها: ما إذا فسخ[3] أحدهما بخيار الشرط[4] أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة

---

١. بل هي بعيدة. (**خوئي**).

٢. بل من أصله، ويستحقّ العامل أُجرة المثل، وبذلك يظهر الحال في الفروع الآتية. (**خوئي**).

(أ) المائدة (٥): ١.

(ب) النساء (٤): ٢٩.

٣. الفسخ: حلّ العقد من أصله، وكذا التقايل ومقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، وفي ما نحن فيه ترجع الحصّة إلى المالك. (**خميني**).

ـ مرّ أنّ مقتضى الفسخ رجوع تمام الحصّة إلى المالك، من دون فرق بين كونه مؤثّراً من الحين أو من الأصل، ثمّ إنّه بناءً على ما أفاده في كتاب المضاربة من الفرق بين الفسخ الآتي من قبل تخلّف

←

أو تقايلا.

ومنها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور.

ومنها: ما إذا خرجت الأُصول عن القابليّة لإدراك الثمر؛ ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإنّ الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك والعامل وان لم يكن بالغاً[٥].

ومنها: في مسألة الزكاة، فإنّها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصّته النصاب كما هو المشهور؛ لتحقّق سبب الوجوب وهو الملكيّة له حين الانعقاد أو بدوّ الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقّف على القسمة. نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة بدعوى: أنّ ما يأخذه كالأُجرة، ولا يخفى ما فيه من الضعف؛ لأنّ الحصّة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة لا بطريق الأُجرة مع أنّ مطلق الأُجرة لا تمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلّق الملك بها بعد الوجوب، وأمّا إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام، وكما لو جعل مال الإجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره، فإنّه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر.

هذا، وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام، ويعلّل بوجهين آخرين:

أحدهما: أنّها إنّما تجب بعد إخراج المؤن، والفرض كون العمل في مقابل الحصّة فهي من المؤن، وهو كما ترى، وإلّا لزم احتساب أُجرة عمل المالك والزارع لنفسه

← الشرط، والآتي من جهة جواز العقد ذاتاً أو عرضاً، كان اللازم عليه الحكم بالبطلان في المقام في الأوّل لا التشريك بينهما في الحكم ببقاء أثر العقد. (**لنكراني**).

٤. مرّ أنّ الفسخ يوجب تملّك المالك للثمر واستحقاق العامل أُجرة المثل، وقد مرّ نظيره في المزارعة. (**خوئي**).

٥. هذا إذا صدق عليه الثمر، وإلّا فالحكم بصحّة المساقاة مشكل. (**خوئي**).

أيضاً، فلا نسلّم[١] أنّها حيث كانت في قبال العمل تعدّ من المؤن.

الثاني: أنّه يشترط في وجوب الزكاة التمكّن من التصرّف، وفي المقام وإن حصلت الملكيّة للعامل بمجرّد الظهور إلّا أنّه لا يستحقّ التسلّم[٢] إلّا بعد تمام العمل، وفيه مع فرض[٣] تسليم[٤] عدم التمكّن من التصرّف[٥]: أنّ اشتراطه مختصّ[٦] بما يعتبر في زكاته الحول كالنقدين والأنعام، لا في الغلّات، ففيها وإن لم يتمكّن من التصرّف حال التعلّق يجب إخراج زكاتها بعد التمكّن على الأقوى، كما بيّن في محلّه، ولا يخفى أنّ لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصّة على المالك أيضاً، كما اعترف به، فلا يجب على العامل لما ذكر، ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

(**مسألة ٣٤**): إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه، فالقول قول منكره، وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما وعدمه، ولو اختلفا في صحّة العقد وعدمها قدّم قول مدّعي الصحّة، ولو اختلفا في قدر حصّة العامل قدّم قول المالك المنكر للزيادة، وكذا لو اختلفا في المدّة[٧]، ولو اختلفا في قدر الحاصل قدّم قول العامل، وكذا لو ادّعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانة، وكذا لو ادّعى عليه أنّ التلف كان بتفريطه، إذا كان أمينا له، كما هو الظاهر،

---

١. وعلى فرض التسليم لا يلزم منه السقوط مطلقاً. (**خميني**).

٢. عدم استحقاقه التسلّم لمّا لا يكون مطلقاً بل مقيّد بعدم اتمامه العمل فلا يكون منافياً للتمكّن من التصرّف المعتبر في الزكاة لكون تمكّن التصرّف باختياره، فله العمل والتصرّف، كما أنّ له الترك وعدم التصرّف. (**صانعي**).

٣. الأولى منع عدم التمكن المعتبر في الزكاة، وإلّا فقد مرّ اعتباره مطلقاً. (**خميني**).

٤. والأولى عدم التسليم، وإلّا ففيه إشكال. (**لنكراني**).

٥. الصحيح عدم تسليمه، وإلّا فقد تقدّم في محلّه عدم اختصاص الاشتراط بما يعتبر الحول في زكاته. (**خوئي**).

٦. ليس الاشتراط مختصّاً به، بل ثابت في الغلات أيضاً، كما مرّ في محلّه. (**صانعي**).

٧. اي قدّم قوله مع إنكار الزيادة، وقدّم قول العامل إذا أنكر الزيادة. (**خميني**).

ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدّعيه عليه بناءً على ما هو الأقوى من سماع[١] الدعوى المجهولة، خلافاً للعلّامة في «التذكرة» في المقام.

(**مسألة ٣٥**): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبيّنة أو غيرها، هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان، أقواهما العدم[٢]؛ لأنّه مسلّط على ماله، وحيث إنّ المالك أيضاً مسلّط على حصّته، فله أن يستأجر أميناً يضمّه مع العامل والأُجرة عليه؛ لأنّ ذلك لمصلحته ومع عدم كفايته في حفظ حصّته جاز[٣] رفع يد العامل واستئجار من يحفظ الكلّ والأُجرة على المالك أيضاً.

(**مسألة ٣٦**): قالوا: المغارسة باطلة[٤]، وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما، سواء اشترط كون حصّة من الأرض أيضاً للعامل أو لا، ووجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة، بل ادّعى جماعة الإجماع عليه. نعم حكي عن الأردبيلي وصاحب «الكفاية» الإشكال فيه؛ لإمكان استفادة الصحّة من العمومات، وهو في محلّه إن لم يتحقّق الإجماع، ثمّ على البطلان يكون الغرس لصاحبه، فإن كان من مالك الأرض فعليه أُجرة عمل الغارس إن كان جاهلاً[٥] بالبطلان[٦]، وإن كان

---

١. فيه إشكال. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال. (**خوئي**).

٣. محلّ إشكال. نعم إن رجع الأمر إلى الحاكم لا يبعد جوازه له، بل في بعض الصور جائز له بلا إشكال. (**خميني**).

ـ محلّ تأمّل وإشكال. (**لنكراني**).

٤. ما قالوا هو الأقوى. (**خميني**).

ـ وقولهم هو الصحيح. (**خوئي**).

ـ من حيث عقد المساقاة للأصل، وقصور أدلّتها عن شمولها وإلّا فصحّتها ولزومها بما أنها عقد عقلائي؛ قضاءً لإطلاق أدلّة العقود وعمومها لا تخلو من قوّة. (**صانعي**).

ـ وهو الأحوط لو لم يكن أقوى. (**لنكراني**).

٥. بل مطلقاً، لكن مع القيد المتقدّم من كون حصّته بحسب التعارف لا تنقص من أُجرة عمله.

للعامل فعليه أُجرة الأرض للمالك مع جهله[٧] به، وله الإبقاء بالأُجرة، أو الأمر بقلع الغرس، أو قلعه بنفسه، وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع، ويظهر من جماعة أنّ عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقّاً للقلع، ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلاً بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر، ولكن كلمات الآخرين لا يقبل هذا الحمل، بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع، حيث قالوا[٨] مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه في معرض الإبقاء مع الأُجرة أو القلع، ومن الغريب ما عن «المسالك» من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالأرش لا مطلقاً، فإنّ استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام التقويم، مع أنّه مستلزم للدور كما اعترف به، ثمّ إنّه إن قلنا

← (**خميني ـ صانعي**).

٦. بل مع العلم به أيضاً فيه وفيما بعده. (**خوئي**).

ـ بل مطلقاً كما مرّ مراراً، لكن بشرط عدم زيادة الأُجرة على مقدار حصّته، وإلّا فلا يستحقّ الزيادة، وكذلك في أُجرة الأرض. (**لنكراني**).

٧. بل مطلقاً أيضاً. (**خميني ـ صانعي**).

٨. ما قالوا هو المطابق للقواعد وهو الحقّ في المقام، حيث إنّه ليس للمالك قلع الغرس لعدم كون الغارس ظالماً حتّى لا يكون له عرق بعد ما كان الغرس بإذن المالك ورضاه، فعلى المالك الإبقاء مع أخذ الأُجرة أو القلع مع أداء الأرش بالمعنى المذكور، فإنّ القلع بلا أرش كذلك ضرر على الغارس وهو منفي بالقاعدة، وما في الجواهر، دفعاً لعدم وجوب البقية على المالك مع الأُجرة، لمنافاته لقاعدة السلطنة، من قوله: «وقاعدة لا ضرر ولا ضرار لا تقتضي الجبر في الأفراد التي فيها هدم القواعد الشرعية»[أ]، كما ترى، حيث إنّ موردها في قضية سمرة من ذلك القبيل. (**صانعي**).

(أ) جواهر الكلام ٢٧: ٩٥.

بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الإجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما، كأن تكون الأُصول مشتركة بينهما، إمّا بشرائها بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها مثلاً، إذا كانت من أحدهما، فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلاً، أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا، أو يستأجره للغرس والسقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلاً.

(**مسألة ٣٧**): إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وأنّها على الوجه الصحيح أو الباطل بناءً على البطلان يحمل فعلهما على الصحّة[1] إذا ماتا أو اختلفا في الصحّة والفساد.

---

١. جريانها محلّ إشكال بل منع. (**خميني**).

ـ لا موقع لأصالة الصحّة إذا ادّعى أحدهما المغارسة والآخر معاملة صحيحة غيرها. (**خوئي**).

ـ لا موقع لأصالة الصحّة في مثل المقام، وقد تقدّم منه ﷺ الإشكال في جريانها فيه. (**لنكراني**).

تذنيب

في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام: «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها ولا يتبعّل بالنخل، فيأخذ حيتاناً صغاراً يابسة فيدقّها بين الدقّين، ثمّ يذر في كلّ طلعة منها قليلاً ويصرّ الباقى في صرّة نظيفة، ثمّ يجعله في قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى» وعن الصدوق في كتاب «العلل» بسنده عن عيسى بن جعفر العلويّ عن آبائه عليهم السلام أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: «مرّ أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود، فسألوا إليه ما بهم فقال عليه السلام: دواء هذا معكم وليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب وليس هكذا يجب، بل ينبغي أن تصبّوا الماء في أُصول الشجر ثمّ تصبوا التراب كي لا يقع فيه الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» وفي خبر عن أحدهما عليهما السلام قال: «تقول إذا غرست أو زرعت: ومثل كلمة طيبة كشجرة طيّبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كلّ حين بإذن ربّها» وفي خبر آخر: «إذا غرست غرساً أو نبتاً فاقرأ على كلّ عود أو حبّة: سبحان الباعث الوارث، فإنّه لا يكاد يخطئ إن شاء الله».

كتاب الضمان

[فصل]

[في معنى الضمان وشرائطها وأحكامها]

وهو من الضمن؛ لأنّه موجب لتضمّن ذمّة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصليّة كما يشهد له سائر تصرّفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما، وما قيل من احتمال كونه من الضمّ فيكون النون زائدة، واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقّاته لازمه كون الميم مشدّدة.

وله إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعمّ الشامل للحوالة والكفالة أيضاً، فيكون بمعنى التعهّد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخصّ؛ وهو التعهّد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً، وهو المقصود من هذا الفصل.

ويشترط فيه أُمور:

أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كلّ لفظ دالّ، بل يكفى الفعل الدالّ[1] ولو بضميمة القرائن على التعهّد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون له، ويكفى فيه أيضاً كلّ ما دلّ على ذلك من قول أو فعل[2].

وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكروه[3]، ولكن

---

١. محلّ تأمّل. (**خميني**).

ـ بالدلالة الظاهرة على إنشاء الضمان به، لكن فرضه مشكل. (**لنكراني**).

٢. إذا لم يكن الإيجاب باللفظ، وإلّا ففيه إشكال كما مرّ. (**لنكراني**).

٣. وهو الأقوى. (**خميني**).

ـ ولعلّه الأظهر. (**لنكراني**).

لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حدّ سائر العقود اللازمة، بل يكفي رضا المضمون له[١] سابقاً أو لاحقاً، كما عن «الإيضاح» والأردبيليّ، حيث قالا: يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي، بل عن «القواعد»: وفي اشتراط قبوله احتمال ويمكن استظهاره من قضيّة الميّت المديون الذي امتنع النبيّ صلى الله عليه وآله أن يصلّي عليه حتّى ضمنه عليّ عليه السلام، وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالات وسائر ما يعتبر في قبولها، وأمّا رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه، إذ يصحّ الضمان التبرّعي، فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرّعاً، حيث لا يعتبر رضاه، وهذا واضح فيما لم يستلزم[٢] الوفاء أو الضمان عنه ضرراً[٣] عليه[٤] أو حرجاً، من حيث كون تبرّع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرّع وضيع ديناً عن شريف غنيّ قادر على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصحّ ضمان الصبيّ وإن كان مراهقاً، بل وإن أذن له الوليّ على إشكال[٥]، ولا ضمان المجنون إلّا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته، وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً، وأمّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصحّ كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.

---

١. هذا إذا أبرزه في الخارج بمبرز. (**خوئي ـ صانعي**).

٢. وفي صورة الاستلزام الحكم بالبطلان غير واضح. (**لنكراني**).

٣. اعتبار عدم الضرر والحرج على المضمون عنه في صحّة الضمان غير معلوم. (**خميني**).

٤. بل ولو استلزم ذلك فإنّ التكليف لا يرتبط بالوضع. (**خوئي**).

٥. الظاهر الجواز إذا كانت فيه مصلحة وإن كان هذا الفرض نادراً، وأولى بالجواز ما إذا كان المضمون له صبياً. (**خوئي**).

ـ غير معتدّ به، فالصحّة مع الإذن لا تخلو من قوّة. (**صانعي**).

الرابع: كونه مختاراً[١]، فلا يصحّ[٢] ضمان المكره[٣].

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه إلّا بإذن الوليّ، وكذا المضمون له، ولا بأس بكون الضامن مفلّساً، فإنّ ضمانه نظير اقتراضه فلا يشارك المضمون له مع الغرماء، وأمّا المضمون له فيشترط عدم كونه مفلّساً، ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلّساً، لكن لا ينفع إذنه[٤] في جواز الرجوع عليه[٥].

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور[٦]؛ لقوله تعالى: ﴿لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ﴾(أ)، ولكن لا يبعد صحّة ضمانه وكونه في ذمّته

---

١. وكذا المضمون له في قبوله. (**خميني**).

ـ وكذا المضمون له فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (**صانعي**).

٢. وكذا لا يصحّ الضمان للمكره. (**لنكراني**).

٣. وكذلك المضمون له. (**خوئي**).

٤. في الرجوع إلى ما تعلّق به الحجر، وأمّا بغيره أو بعد رفعه فلا مانع من الرجوع إليه بسبب إذنه في حال الحجر. (**خميني**).

ـ إنّما لا ينفع أُذن المفلس في جواز الرجوع إليه حال حجره بالزائد عن نصيب المضمون له عن أمواله، وأمّا الرجوع عليه حال الحجر بمقدار النصيب المضمون له فلا مانع منه لأنّه بالضمان وانتقال ما في ذمّته إلى ذمّة الضامن صار مؤدّياً لذلك المقدار من المال ومعه يكون الحجر مرتفاً بالنسبة إليه، من دون لزوم رفع الحاكم حجره، وكذا لا مانع من رجوعه إليه بغير ما تعلّق به الحجر أو بعد ارتفاع الحجر ولو بمقدار زائد عن نصيب المضمون له، كما هو واضح. (**صانعي**).

ـ في الزائد على مقدار تعلّق به الحجر؛ وهو مقدار نصيب المضمون له، وأمّا ذلك المقدار فلا مانع من تأثير إذنه في جواز الرجوع عليه حال حجره، كما أنّه يؤثّر مطلقاً بعد رفع الحجر. (**لنكراني**).

٥. أي في أمواله الموجودة التي تكون مورداً للحجر. (**خوئي**).

٦. وهو الأقوى، ودعوى الانصراف غير وجيهة، وضمان الإتلاف خارج عنها تخصّصاً. (**خميني**).

ـ وهو الأقوى. (**لنكراني**).

(أ) النحل (١٦): ٧٥.

يتبع به بعد العتق، كما عن «التذكرة» و«المختلف» ونفي القدرة منصرف عمّا لا ينافي حقّ المولى، ودعوى: أنّ المملوك لا ذمّة له، كماترى، ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته.

هذا، وأمّا إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحّة ضمانه وحينئذٍ فإن عيّن كونه في ذمّة نفسه أو في ذمّة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتّبع، وإن أطلق الإذن ففي كونه في ذمّة المولى أو في كسب المملوك أو في ذمّته يتبع به بعد عتقه أو كونه متعلّقاً برقبته وجوه وأقوال، أوجهها الأوّل؛ لانفهامه[1] عرفاً[2]، كما في إذنه للاستدانة لنفقته أو لأمر آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر والنفقة على مولاه، ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأنّ الاستدانة موجبة لملكيّته وحيث إنّه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث إنّه لا ملكيّة فيه، مدفوعة بمنع عدم قابليّته للملكية، وعلى فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفيّ.

السابع: التنجيز[3]، فلو علّق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً بطل على المشهور[4]، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامّة، إلّا دعوى الإجماع في كل العقود على أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منافات التعليق للإنشاء، وفي الثاني ما لا يخفى وفي

---

١. محلّ تأمّل. (**خميني**).

٢. وعلى فرض عدمه فالأقوى كونه في كسب المملوك. (**صانعي**).

ـ لا إشكال فيه على فرض الانفهام، وأمّا على تقدير العدم والتردّد بين كونه في ذمّة نفسه أو في ذمّة العبد فالبطلان لا يخلو عن قوّة. (**لنكراني**).

٣. على الأحوط. (**خميني ـ لنكراني**).

ـ على الأحوط، وإن كان عدم اعتباره لا يخلو من قوّة بل هو الأقوى. (**صانعي**).

٤. فيه إشكال، والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

الأوّل منع تحقّقه في المقام، وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً، وفيه: أنّ تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك[١]. نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال[٢] بإمكان تحقّق الضمان[٣] منجّزاً مع كون الوفاء معلّقاً على عدم وفاء المضمون له؛ لأنّه يصدق أنّه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته[٤] قضيّة تعليقيّة، إلّا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي.

الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمّة المضمون عنه، سواء كان مستقرّاً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع

---

١. كون تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ممنوع، وعلى فرض عدم تعقّل التفكيك كيف يعقل فرض إمكانه في بعض الموارد، مع أنّه إنّما يلائم على قول غيرنا من كون الضمان عبارة عن ضمّ ذمة إلى ذمّة، مع أنّ دعوى كون حقيقة الضمان في الأعيان المضمونة راجعة إلى قضية تعليقيّة ممنوعة أيضاً، وتوقّف ترتّب الأثر على مثل التلف فيها لا يوجب كون الضمان بنفسه قضية تعليقية، وإلّا يلزم القول بمثله في المقام مطلقاً ولو في موارد عدم التعليق، فإنّ أثر الضمان إنّما يظهر على تقدير بقاء الدين وعدم سقوطه بأداء متبرّع ونحوه مثلاً، مع أنّه لم يعهد منهم دعوى التعليق في المقام في موارد العدم. (**لنكراني**).

٢. كيف يمكن مع دعوى امتناع التفكيك، مع أنّ هذا النحو من الضمان غير ما عندنا من كونه ناقلاً. (**خميني**).

ـ لعلّه يريد بذلك أنّ الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون، ليس بمعنى النقل إلى الذمّة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهّد ما في ذمّة الغير على حذو تعهّد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي وأثره الانتقال إلى الذمّة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها، وعلى هذا فلا بأس بما أفادهﷺ، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. (**خوئي**).

٣. بل الظاهر الامتناع على فرض كون الضمان ضماناً ناقلاً نعم يصحّ على فرض كون الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى. (**صانعي**).

٤. كون حقيقة ضمان اليد قضيّة تعليقيّة في محلّ المنع، ولا يسع المقام تفصيله. (**خميني**).

الخياري، كما إذا ضمن الثمن الكلّي للبائع، أو المبيع الكلّي للمشتري، أو المبيع الشخصي[١] قبل القبض، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك، فلو قال: اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصحّ على المشهور[٢]، بل عن (التذكرة) الإجماع، قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصحّ إجماعاً، ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية، ويمكن أن يقال[٣] بالصحّة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً؛ لصدق الضمان وشمول العمومات العامّة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

التاسع: أن لا يكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعمّ، حيث قالوا: إنّه بمعنى التعهّد بمال أو نفس فالثاني الكفالة، والأوّل إن كان ممّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخصّ لكن لا دليل على هذا الشرط، فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاتران[٤]

---

١. محلّ إشكال، مع أنّه ليس من أمثلة المقام. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا موقع لذكره في المقام، فإنّ الكلام إنّما هو في ضمان الدين. (**خوئي**).

ـ ليس هذا من أمثلة المقام. (**لنكراني**).

٢. وهو الأقوى. (**خميني**).

ـ فيه إشكال والاحتياط لا يترك، ولا يبعد تفرّع هذا الشرط على سابقه. (**خوئي**).

ـ وهو الأحوط بل الأقوى. (**لنكراني**).

٣. بل لا يخلو عن قوّة، لما ذكره من الصدق والعمومات، وعليه فالضمان المتعارف في زماننا ممّا يكون قبل القرض وقبل اشتغال ذمّة المقترض صحيح من هذه الجهة، كما أنّ إشكال التعليق الحاصل فيه من قول الضامن «أنا ضامن إن لم يؤد المستقرض» مرتفع أيضاً بما مرّ في الشرط السابع من عدم الدليل على مانعيته. (**صانعي**).

٤. هذا إذا كان كلاهما حالين أو كلاهما مؤجلين بمدّة متساوية، وإلّا فلا وجه للتهاتر. (**خوئي**).

بعد أداء مال الضمان، وإلّا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمّته ممّا عليه بضمان الضامن تبرّعاً، وليس من الحوالة؛ لأنّ المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتّى تكون حوالة، ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنّه يكون داخلاً في كلا العنوانين، فيترتّب عليه ما يختصّ بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصحّ معه القصد إلى الضمان، ويكفي التميّز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن، فالمضرّ هو الإبهام والترديد، فلا يصحّ[1] ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقّق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد، ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، ولم يعلم أنّه لزيد أو لعمرو، أو الدين الذي لفلان، ولم يعلم أنّه على زيد أو على عمرو صحّ[2]؛ لأنّه متعيّن واقعاً، وكذا لو قال: ضمنت لك كلّما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلّما كان عليك لكلّ من كان من الناس، ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب، أو العلم باسمهما ونسبهما، مع أنّه لا دليل عليه أصلاً، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود.

(**مسألة ١**): لا يشترط في صحّة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه، ويمكن أن يستدّل عليه مضافاً إلى العمومات العامّة وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الزعيم غارم» بضمان[3] عليّ بن الحسين عليهما السلام[4]

---

١. على الأحوط. (**لنكراني**).

٢. هذا مع قبول المضمون له، وإلّا فلا يصحّ، وبذلك يظهر حال ما بعد هذا الفرع. (**خوئي**).

٣. الاستدلال بالروايتين لا يخلو من الإشكال من جهات. (**لنكراني**).

٤. لكن في الروايتين ضعف سنداً بل ودلالة، ولكن ما في المتن لا يخلو من قوّة مطلقاً من غير فرق بين الضمان التبرّعي وغيره. (**خميني**).

لدين عبدالله بن الحسن وضمانه لدين محمّد بن أُسامة، لكن الصحّة مخصوصة بما إذا كان له واقع معيّن، وأمّا إذا لم يكن كذلك كقولك: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصحّ، ولعلّه مراد من قال: إنّ الصحّة إنّما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال من عدم الإشكال في الصحّة مع فرض تعيّنه واقعاً وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم.

هذا، وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفي الغرر والضرر، وردّ بعدم العموم في الأوّل؛ لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات، وبالإقدام في الثاني، ويمكن الفرق[1] بين الضمان التبرّعي والإذني، فيعتبر في الثاني[2] دون الأوّل، إذ ضمان عليّ بن الحسين عليه السلام كان تبرّعيّاً واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالإذن، مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب[3].

(**مسألة ٢**): إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّة انتقل الحقّ من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، وتبرأ ذمّة المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور، حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة، وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحّة ما ذكروه حتّى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن[4] الحكم[5] بصحّته[6] حينئذٍ للعمومات.

(**مسألة ٣**): إذا أبرأ المضمون له ذمّة الضامن برئت ذمّته وذمّة[7] المضمون عنه، وإن أبرأ ذمّة المضمون عنه لم يؤثّر شيئاً، فلا تبرأ ذمّة الضامن؛ لعدم المحلّ للإبراء بعد براءته بالضمان، إلّا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمّة الضامن، وأمّا في

---

١. لكنّه بعيد. (**خوئي**).

٢. بل لا يعتبر في شيء منهما. (**صانعي**).

٣. والأقرب منه العدم. (**لنكراني**).

٤. ولكنّه مشكل. (**لنكراني**).

٥. لكنّه ضعيف جدّاً. (**خوئي**).

٦. محلّ إشكال. (**خميني**).

ـ وهو الأقوى كما مرّ في الثامن. (**صانعي**).

٧. في العبارة مسامحة. (**لنكراني**).

الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة فإن أبرأ ذمّة المضمون عنه برئت ذمّة الضامن أيضاً وإن أبرأ ذمّة الضامن فلا تبرأ ذمّة المضمون عنه، كذا قالوا[١]، ويمكن أن يقال[٢] ببراءة ذمّتهما على التقديرين.

(**مسألة ٤**): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتّى لو كان بإذن المضمون عنه وتبيّن إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز[٣] له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً، والمدار[٤] كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثمّ أعسر لا يجوز له الفسخ، كما أنّه لو كان معسراً ثمّ أيسر يبقى الخيار[٥]، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا، وهل يلحق بالإعسار تبيّن كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا؟ وجهان[٦].

---

١. وهو الوجه على هذا المبنى. (**خميني**).

٢. لكنه غير تمام على ذلك القول لأنّ الضمان عليه نحو وثيقة على الدَين وإسقاط الوثيقة لا يستلزم سقوط نفس الدين. (**صانعي**).

ـ لكنّه ضعيف على تقدير كون المراد من ضمّ الذمّة إلى أُخرى أن تكون ذمّة الضامن وثيقة للدين، ضرورة أنّ إسقاط الوثيقة لا يلازم إسقاط الدين، وأمّا لو كان المراد منه تعدّد الذمم بالإضافة إلى دين واحد، كما في الأيادي المتعدّدة في ضمان الأعيان المضمونة، ويؤيّده حكم بعض القائلين بهذا القول بجواز رجوع المضمون له إلى كلّ واحد منهما على التخيير، فهذا الاحتمال ليس بضعيف. (**لنكراني**).

٣. ولكن للمناقشة فيه مجال واسع، وليس في المسألة رواية تدلّ على الخيار وجواز الفسخ. (**خوئي**).

٤. بل المعيار الضرر على المضمون له، فإنّ الخيار عند العقلاء في مثل باب الضمان والحوالة لدفع الضرر عن المضمون له ودائرة مداره، وهذا هو المنسبق من الأخبار أيضاً. (**صانعي**).

٥. إلّا إذا كان العلم بالإعسار بعد حدوث اليسار، ففيه يكون بقاء الخيار محلّ تأمّل وارتياب. (**لنكراني**).

٦. أوجههما العدم. (**خميني ـ خوئي**).

ـ أوجههما الوجه الأوّل، لقاعدة نفي الضرر وكون الضمان للإرفاق، ومن ذلك يظهر الخيار مع عدم

←

(**مسألة ٥**): يجوز[١] اشتراط الخيار[٢] في الضمان للضامن والمضمون له؛ لعموم أدلّة الشروط، والظاهر جواز اشتراط شيء لكلّ منهما، كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط[٣] أن تخيط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا، ومع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط.

(**مسألة ٦**): إذا تبيّن كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه وقلنا: إنّه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

(**مسألة ٧**): يجوز ضمان الدين الحالّ حالّاً ومؤجّلاً، وكذا ضمان المؤجّل حالّاً ومؤجّلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص، والقول بعدم صحّة الضمان إلّا مؤجّلاً وأنّه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف، كالقول بعدم صحّة ضمان الدين المؤجّل حالّاً أو بأنقص، ودعوى: أنّه من ضمان ما لم يجب، كما ترى.

(**مسألة ٨**): إذا ضمن الدين الحالّ مؤجّلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله وأدّى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه؛ لأنّ الذي عليه كان حالّاً ولم يصر مؤجّلاً بتأجيل الضمان، وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجّلاً حتّى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

(**مسألة ٩**): إذا كان الدين مؤجّلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحلّ ما عليه وأخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدين؛ لأنّ الحلول

← كونه وفيّاً بطريق أولى. (**صانعي**).

ـ أظهرهما العدم. (**لنكراني**).

١. على إشكال فيه وفي ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال بل منع، وكذا في ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط، والوجه فيه أنّ انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقايل فأدلّة الشروط لا تفي بصحّة جعل الخيار فيه، وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (**خوئي**).

٣. أي مع شرط. (**لنكراني**).

على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدّى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل.

(**مسألة ١٠**): إذا ضمن الدين المؤجّل حالّاً بإذن المضمون عنه[١]، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك وإلّا فلا يجوز إلّا بعد انقضاء الأجل، والإذن في الضمان[٢] أعمّ من كونه حالّاً.

(**مسألة ١١**): إذا ضمن الدين المؤجّل بأقلّ من أجله وأدّاه، ليس له[٣] الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد[٤] انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأدّاه، جاز له الرجوع عليه على ما مرّ من أنّ أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجّلاً، وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته، فإنّه يرجع على المضمون عنه.

(**مسألة ١٢**): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمّته، ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره، إلّا أن يأذن له في الأداء عنه تبرّعاً منه في وفاء دينه كأن يقول: أدّ ما ضمنت عنّي وارجع به عليّ، على إشكال[٥] في هذه الصورة أيضاً، من حيث إن مرجعه حينئذٍ إلى الوعد[٦] الذي لا يلزم الوفاء به، وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه؛ لأنّه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمّته من غير توقّف على شيء. نعم لو أذن له في الضمان تبرّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه؛ لأنّ الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

---

١. إذا صرّح بضمانه حالّاً فالأقرب الرجوع عليه مع أدائه. (**خميني**).

٢. لعلّ المراد به أنّ الإذن في الضمان حالّاً أعمّ من الرجوع عليه في الحال، ولا يبعد أن يقال بكفاية الإذن الصريح في الضمان حالّاً في جواز الرجوع عليه كذلك. (**لنكراني**).

٣. إلّا إذا صرّح المضمون عنه بضمانه أقلّ من أجله، فإنّ الأقرب معه جواز الرجوع عليه مع الأداء. (**خميني**).

ـ إلّا إذا فهم من اذنه رضاه بالرجوع. (**صانعي**).

٤. أو تصريحه بالإذن في الضمان كذلك، على ما ذكرناه في الحاشية السابقة. (**لنكراني**).

٥. الظاهر أنّه لا إشكال فيه، وليس مرجعه إلى الوعد. (**خوئي**).

٦. بل الظاهر أنّه إمضاء في ضمانه وإذن في الرجوع إليه. (**صانعي**).

(**مسألة ١٣**): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن، إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى، فليس له المطالبة قبله، إمّا لأنّ ذمّة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرّده إلّا أنّ ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد الأداء وبمقداره، وإمّا لأنّها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإمّا لأنّها وإن اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأوّل[1]، وعلى أيّ حال لا خلاف في أصل الحكم وإن كان مقتضى القاعدة[2] جواز المطالبة واشتغال ذمّته من حين

---

١. وهو الذي تقتضيه القاعدة. (**خوئي**).

٢. كون مقتضى القاعدة ما ذكره ممنوع، بل الظاهر أنّ مجرّد إذنه بالضمان وضمانه واشتغال ذمّته لا يوجب اشتغال ذمّة المضمون عنه، ولو للأصل وعدم الدليل عليه. نعم بعد الأداء لا إشكال نصّاً وفتوىً في جواز الرجوع واشتغال ذمّته، ويمكن استفادة ما ذكر من الرواية المشار إليها أيضاً. (**خميني ـ صانعي**).

ـ الظاهر أنّ الأوفق بالقاعدة ولو من جهة الأصل وعدم الدليل على خلافه هو الوجه الأوّل، فإنّ عقد الضمان لا يؤثّر إلّا في ثبوت الاشتغال للضامن، وانتقال ما في ذمّة المضمون عنه إليه، وليس فيه من اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن عين ولا أثر، وليس له الرجوع عليه من دون الإذن في الضمان، فالاشتغال إنّما هو في صورة الإذن، وحيث لا دليل على ثبوته بمجرّد الضمان فمقتضى الاستصحاب عدم حدوثه إلّا بعد الأداء؛ لأنّه لا إشكال نصّاً وفتوى في ثبوته بعده.

ثمّ لو فرضنا أنّ مقتضى القاعدة ما أفاده الماتن ﷺ فثبوت الإجماع والخبر على خلافه ممنوع. أمّا الأوّل؛ فلأنّه حكم الشيخ ﷺ وبعض آخر بأنّه يجوز للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وذلك ظاهر في ثبوت الاشتغال قبل الأداء ومطالبة المضمون له. ودعوى أنّ الحكم بجواز المطالبة بذلك غير الحكم باشتغال ذمّة المضمون عنه واضحة الفساد، فإنّه كيف يعقل جواز المطالبة منه مع عدم اشتغال ذمّته بشيء. وأمّا الثاني؛ فلأنّه لا منافاة بين كون الاشتغال من حين الضمان، وبين عدم جواز الرجوع إلّا بالمقدار الذي صولح الضامن عمّا ضمنه بذلك المقدار. غاية الأمر أنّه لو كانت المصالحة بعد أخذ مال الضمان يجب عليه ردّ الزائد. (**لنكراني**).

الضمان في قبال اشتغال ذمّة الضامن، سواء أدّى أو لم يؤدّ، فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالإجماع وخصوص الخبر: عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه قال: ليس له إلّا الذي صالح عليه، بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر، ويتفرّع على ما ذكروه أنّ المضمون له لو أبرأ ذمّة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً، وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقلّ كما هو مورد الخبر، وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرّعاً فأدّى، فإنّه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفّاه عنه غيره تبرّعاً.

(**مسألة ١٤**): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه؛ خمساً أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أنّ له الرجوع على المضمون عنه ولا يكون ذلك في حكم الإبراء، وكذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبة، وأمّا لو وهبه ما في ذمّته فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان[1]، ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

(**مسألة ١٥**): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقلّ من الدين، أو وفّاه الضامن بما يسوى أقلّ منه، فقد صرّح بعضهم بأنّه لا يرجع على المضمون عنه إلّا بمقدار ما يسوى، وهو مشكل[2] بعد كون الحكم على خلاف القاعدة[3]، وكون القدر المسلّم غير هذه الصور، وظاهر خبر الصلح الرضا من الدّين بأقلّ منه لا ما إذا صالحه بما يسوى أقلّ منه، وأمّا لو باعه

---

١. أقواهما الأوّل. (**خميني**).
ـ لا يبعد أن يكون ثانيهما أقرب. (**خوئي ـ صانعي**).
ـ ولا يبعد أن يكون الثاني أقرب. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّه لا إشكال فيه لما مرّ من عدم كون الحكم على خلاف القاعدة، والظاهر عدم الفرق بين مورد خبر الصلح وبين هذين الموردين لو لم نقل بشموله لهما وعدم اختصاصه به، كما لا تبعد دعواه. (**لنكراني**).

٣. مرّ منع كونه على خلاف القاعدة، لكن المسألة مع ذلك محلّ إشكال بجميع صورها. (**خميني**).
ـ الظاهر أنّه لا إشكال فيه، والحكم على طبق القاعدة، وخبر الصلح مطلق. (**خوئي**).
ـ مرّ عدم كونه على خلاف القاعدة. (**صانعي**).

أو صالحه[١] أو وفّاه الضامن بما يسوى أزيد، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.

(**مسألة ١٦**): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عمّا له عليه، فلا إشكال ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلّا بالتعدّي أو التفريط، وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمّته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلّا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح، ويحتسب وفاء لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني، وإن قلنا إنّه لا تشتغل ذمّته إلّا بالأداء وحينه كما هو ظاهر المشهور[٢] فيشكل صحّته وفاء؛ لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد، وبعد الأداء ليس له الاحتساب[٣] إلّا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.

(**مسألة ١٧**): لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنّي إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان، فدفع برئت ذمّتهما معاً، أمّا الضامن فلأنّه قد أدّى دينه، وأمّا المضمون عنه فلأنّ المفروض أنّ الضامن لم يخسر، كذا قد يقال، والأوجه أن يقال[٤]: إنّ الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمّته بالأداء والمفروض أنّ ذمّة المضمون عنه أيضاً مشغولة له، حيث إنّه أذن له في الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمّة المضمون عنه حيث إنّ الضمان بإذنه وقد وفي الضامن، فيتهاتران أو يتقاصّان[٥]،

---

١. الظاهر عدم الفرق بينهما، فما صرّح به بعضهم مطابق للخبر ويكون موجّهاً. (**صانعي**).

٢. وهو الأشبه كما مرّ. (**خميني ـ صانعي**).

ـ وقد مرّ أنّه الأوفق بالقاعدة. (**لنكراني**).

٣. إلّا مع علم المضمون عنه بعدم اشتغال ذمّته قبل أداء الضامن؛ لكفاية اذنه كذلك. (**صانعي**).

٤. أي بناءً على ما هو ظاهر المشهور، وأمّا بناءً على القول بحدوث الاشتغال للمضمون عنه بمجرّد الضمان، فهو أي التهاتر واضح لا ارتياب فيه. (**لنكراني**).

٥. لا معنى للتقاصّ هاهنا، وأمّا التهاتر فوجيه. (**خميني**).

ـ لا موقع للمقاصّة في المقام، وبراءة الذمّتين إنّما هي من جهة التهاتر. (**خوئي**).

←

وإشكال صاحب «الجواهر» في اشتغال ذمّة الضامن بالقول المزبور في غير محلّه.

(**مسألة ١٨**): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معاً، كما لو دفعه أجنبيّ عنه.

(**مسألة ١٩**): إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدّى، ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن، بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه، فإنّه بالأداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأوّل.

(**مسألة ٢٠**): يجوز أن يضمن الدين بأقلّ منه برضا المضمون له، وكذا يجوز[١] أن يضمنه بأكثر منه[٢]، وفي الصورة الأُولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلّا بذلك الأقلّ، كما أنّ في الثانية لا يرجع عليه إلّا بمقدار الدين، إلّا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

(**مسألة ٢١**): يجوز[٣] الضمان بغير جنس الدين[٤]، كما يجوز الوفاء بغير الجنس، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلّا بالجنس الذي عليه إلّا برضاه.

(**مسألة ٢٢**): يجوز الضمان بشرط الرهانة[٥] فيرهن بعد الضمان، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان.

(**مسألة ٢٣**): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن، فهل ينفكّ

← ـ المورد من الموارد الواضحة للتهاتر ويكون أجنبياً من التقاص كما هو ظاهر. (**صانعي**).

ـ لا موقع للمقاصّة هنا. (**لنكراني**).

١. محلّ تأمّل وإشكال. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال. (**خميني**).

ـ فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٣. فيه إشكال إلّا إذا رجع إلى اشتراط الوفاء من غير الجنس. (**لنكراني**).

٤. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٥. هذا إنّما يتمّ فيما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، وأمّا إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلا يصحّ؛ لأنّ مرجعه إلى جعل الخيار فيه وقد تقدّم أنّ الخيار لا يدخل في عقد الضمان. (**خوئي**).

بالضمان أو لا؟ يظهر من «المسالك» و«الجواهر» انفكاكه[١]؛ لأنّه بمنزلة الوفاء، لكنّه لا يخلو عن إشكال[٢]. هذا مع الإطلاق، وأمّا مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتّبع.

(**مسألة ٢٤**): يجوز اشتراط الضمان في مال معيّن على وجه التقييد[٣]، أو على نحو الشرائط في العقود، من كونه من باب الالتزام في الالتزام، وحينئذٍ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه، وعلى الأوّل إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما أنّه إذا نقص يبقى الناقص في عهدته، وعلى الثاني لا يبطل، بل يوجب الخيار[٤] لمن له الشرط، من الضامن أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ، وأمّا جعل الضمان في مال معيّن من غير اشتغال ذمّة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصحّ.

---

١. وهو الصحيح. (**خوئي**).

ـ وهو الظاهر. (**لنكراني**).

٢. لكن الفكّ هو الأقوى. (**خميني ـ صانعي**).

٣. صحّته كذلك محلّ إشكال بل منع، إلّا إذا كان كلّياً في المعيّن، فإنّ له وجه صحّة، فإنّ الكلّي في المعيّن لا يخرج عن الكلّية والذمّة على ما هو التحقيق، فيكون ضمانه في دائرة المعيّن، فمع تلف الكلّ يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعيّن للأداء، ومع بقاء ما ينقص عنه يبطل بالنسبة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا يظهر معنى متحصّل للتقييد في المقام، فينحصر الأمر في الاشتراط ولا يترتّب عليه إلّا وجوب الوفاء بالشرط؛ لما مرّ من الإشكال في ثبوت الخيار بتخلّفه. (**خوئي**).

ـ لا يظهر معنى معقول لتقييد الضمان، الذي هو عبارة عن اشتغال ذمّة الضامن بما على عهدة المضمون عنه بالمال المعيّن الموجود في الخارج، إلّا إذا كان بنحو الكلّي في المعيّن، حيث إنّه يجتمع فيه الذمّة والمعيّن معاً، فيكون ضمانه في حدوده ولا يتجاوز عنه، فإذا تلف الجميع يرتفع اشتغال الذمّة، ومع بقاء مقداره أو بعض منه يتعيّن للأداء. (**لنكراني**).

٤. قد مرّ الإشكال في ثبوت الخيار في الضمان مطلقاً. (**لنكراني**).

(**مسألة ٢٥**): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا: إنّ الضامن هو المولى؛ للانفهام العرفي أو لقرائن خارجيّة، يكون من اشتراط الضمان في مال معيّن؛ وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذٍ فإذا مات العبد تبقى ذمّة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود، ويبطل إن كان على وجه التقييد[١]، وإن انعتق يبقى[٢] وجوب الكسب[٣] عليه[٤]، وإن قلنا: إنّ الضامن هو المملوك وإنّ مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شيء وتبقى ذمّة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب عليه.

(**مسألة ٢٦**): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإمّا أن يكون على التعاقب أو دفعة، فعلى الأوّل الضامن من رضي المضمون له بضمانه، ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، ويحتمل قوّياً[٥] كونه كما إذا ضمنا دفعة[٦] خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإنّ الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً، وعلى الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه كما عن «المختلف» و«جامع المقاصد»

---

١. مرّ آنفاً أنّه لا محصّل له في المقام. (**خوئي**).

ـ قد مرّ الإشكال في أصل الضمان بنحو التقييد. (**صانعي**).

٢. لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه مع كون الضامن هو المولى على الفرض، كما أنّه لا وجه لبقاء ذمّة المولى مشغولة لتعذّر الكسب بما هو مال للمولى. (**لنكراني**).

٣. لا وجه له في الفرض. (**خميني**).

٤. بل تبقى ذمّة المولى مشغولة كما في الموت. (**خوئي**).

ـ بعد كون المفروض إنّ الضامن هو المولى، لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه فإنّ الانعتاق بمنزلة التلف لأنّ كسبه بعد الانعتاق ليس من أموال المولى بل يكون من أمواله. (**صانعي**).

٥. وهذا هو المتعيّن؛ لما مرّ من أنّ الأقوى اعتبار القبول، وهو الملاك في التعاقب والدفعة لا الإيجاب. (**لنكراني**).

٦. هذا هو المتعيّن. (**خوئي**).

واختاره صاحب «الجواهر»، أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا، أو ضمان كلّ منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي وجوه[1]، أقواها الأخير[2]، وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر، إلّا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمّة ذلك الواحد.

(**مسألة ٢٧**): إذا كان له على رجلين مال فضمن كلّ منهما ما على الآخر بإذنه فإن رضي المضمون له بهما صحّ، وحينئذٍ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً تحوّل ما على كلّ منهما إلى ذمّة الآخر، ويظهر الثمر في الإعسار واليسار وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناءً على افتكاك الرهن بالضمان، وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً أو تعجيلاً وتأجيلاً أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر، وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذٍ فإن أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى، حيث إنّ المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدّى البعض فإن قصد كونه ممّا عليه أصلاً أو ممّا عليه ضماناً فهو المتّبع، ويقبل قوله إن ادّعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط[3]،

---

١. هذا إذا لم يكن ضمان المتعدّد من ضمان المجموع، وإلّا فلا ينبغي الشكّ في لزوم التقسيط، وأمّا إذا كان بنحو ضمان المتعدّد استقلالاً فهو باطل على الأظهر. (**خوئي**).

٢. بل أضعفها؛ لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذي هو معنى الضمان على المذهب الحقّ، ولا يبعد كون الأوّل أقرب الوجوه. (**خميني**).

ـ بل أضعفها في ضمانهما بالمعنى المصطلح، لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذي هو معنى الضمان في المذهب، ولا يبعد كون الأوّل أقرب الوجوه بهذا المعنى، وأمّا إذا كان على النحو المتعارف الخارج عن الضمان المصطلح الذي مرّ صحّته، فالظاهر هو الصحّة. (**صانعي**).

ـ لا وجه لأقوائيته على ما هو الحقّ في معنى الضمان. نعم، لها وجه على ما يراه غيرنا في معناه، فالأظهر على مسلكنا هو الوجه الأوّل. (**لنكراني**).

٣. محلّ تأمّل، بل احتمال القرعة أقرب، وأقرب منه عدم جواز الرجوع إلى المضمون عنه إلّا مع العلم بالأداء لما عليه ضماناً، وكذا نظائر المسألة فلا يفكّ الرهان إلّا مع العلم بافتكاكه بأداء الدين الذي له رهن وكذا الحال في الإبراء. (**خميني ـ صانعي**).

←

ويحتمل القرعة ويحتمل كونه مخيّراً في التعيين بعد ذلك، والأظهر الأوّل، وكذا الحال في نظائر المسألة كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدّى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع وهكذا، فإنّ الظاهر في الجميع التقسيط، وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي، ويقبل قوله إذا ادّعى التعيين في القصد؛ لأنّه لا يعلم إلّا من قبله.

(**مسألة ٢٨**): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه، كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادّعى رجل على آخر ديناً فقال: عليّ ما عليه صحّ، وحينئذٍ فإن ثبت بالبيّنة يجب عليه أداؤه، سواء كانت سابقة أو لاحقة، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة[1] كذلك، وأمّا إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان، أو ثبت باليمين المردودة، فلا يكون حجّة على الضامن إذا أنكره، ويلزم عنه[2] بأدائه في الظاهر، ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقرّ الضامن، أو ردّ اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً وإن كان أصل الضمان بإذنه، ولابدّ في البيّنة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه، لم يجب على الضامن أداؤه.

(**مسألة ٢٩**): لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البيّنة وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته

← ـ بل الظاهر أنّه يقع وفاءً لما في ذمّته أصلاً، فلا يجوز له الرجوع على المضمون عنه ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله، والوجه في ذلك أنّ الرجوع عليه من آثار أداء ما ثبت في ذمّته من قبله، فما لم يقصد بخصوصه لا يترتّب أثره، وبذلك يظهر حال نظائر المسألة. (**خوئي**).

ـ والأظهر وقوعه وفاءً لما في ذمّته أصلاً؛ لأنّ ترتّب الآثار الأُخر من جواز الرجوع وافتكاك الرهن وسقوط الخيار إنّما يتوقّف على تعلّق القصد بموضوعاتها، وأمّا براءة الذمّة من الدين الأصلي فترتّبها على أداء الدين قهريّ منشؤه الانصراف. (**لنكراني**).

١. أي كذلك. (**لنكراني**).

٢. أي يلزم المضمون عنه. (**لنكراني**).

حين التكلّم بهذا الكلام؛ لأنّها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه فما في «الشرائع» من الحكم بعدم الصحّة لا وجه له[1]، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله؛ لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة، إلّا أن يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت بعد الضمان، وأمّا ما في «الجواهر» من أنّ مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمّته لتكون البيّنة طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها، فهو كما ترى لا وجه له.

(**مسألة ٣٠**): يجوز الدور في الضمان، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن «المبسوط» من عدم صحّته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان، مردود، بأنّ الأوّل غير صالح للمانعيّة، بل الثاني أيضاً كذلك، مع أنّ الفائدة تظهر في الإعسار واليسار، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

(**مسألة ٣١**): إذا كان المديون فقيراً، يجوز أن يضمن[2] عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه، إذا كانت ذمّته مشغولة بها فعلاً، بل وإن لم تشتغل فعلاً على إشكال[3].

---

١. بل هو وجيه إن كان الثبوت بالبيّنة على وجه التقييد، بخلاف ما إذا كان على وجه المعرّفيّة والمشيريّة إلى ما في ذمّته أو مقدار منه. (**خميني**).

ـ بل لا وجه إلّا له إذا كان المراد ما يثبت بالبيّنة على وجه التقييد؛ لأنّ الضمان لابدّ وأن يتعلّق بالدين، وما تشهد به البيّنة بهذا العنوان لا يكون كذلك. (**لنكراني**).

٢. محلّ إشكال. نعم لا يبعد الجواز في بعض الأحيان للوليّ، فيشتغل ذمّته بعنوان الولاية فيؤدّي من الوجوه المنطبقة، وعليه لا دخالة فيه لاشتغال ذمّته بها. (**خميني**).

٣. لا يبعد عدم الجواز فيه، بل وفي سابقه. (**خوئي**).

ـ بل على إشكال في الأوّل أيضاً. نعم الظاهر عدم الإشكال في الضمان بمعنى عهدة الأداء مثل غيره من ضمان العهدة من غير فرق بين الأوّل والثاني. (**صانعي**).

ـ فيه بل وفي الأوّل أيضاً. (**لنكراني**).

(**مسألة ٣٢**): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً، جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعيّ، بل ولآحاد الفقراء على إشكال[١].

(**مسألة ٣٣**): إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل؛ لأنّه ليس من التبرّعات، بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة، وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجّزات. نعم على القول بالثلث[٢] يخرج منه.

(**مسألة ٣٤**): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته، لا يصحّ ضمانه، كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معيّن للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعيّن كما إذا باع صاعاً من صبرة معيّنه، فإنّه لا يجوز الضمان عنه والأداء[٣] من غيرها مع بقاء[٤] تلك الصبرة موجودة.

(**مسألة ٣٥**): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة؛ لأنّها دين على الزوج، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في صبيحته؛ لوجوبها عليه حينئذٍ وإن لم تكن مستقرّة؛ لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك؛ وأمّا النفقة المستقبلة فلا يجوز[٥]

---

١. بل منع. (**خميني**).

ـ لا وجه لجوازه. (**خوئي**).

ـ الظاهر عدم الإشكال في كفاية قبوله وكفاية كونه مصرفاً في قبول الضمان وصحّته. (**صانعي**).

ـ فيه وفي سابقه. (**لنكراني**).

٢. الذي هو الأقوى. (**صانعي**).

٣. بل والأداء منها أيضاً، فإنّ جواز الضمان فيه مشكل. (**لنكراني**).

٤. وكذا مع عدم بقائها. (**خميني**).

ـ وكذا مع عدم بقائها كذلك. (**لنكراني**).

٥. وهو الأقوى. (**خميني**).

ضمانها عندهم؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب ولكن لا يبعد[١] صحّته[٢]؛ لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجيّة، وأمّا نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى؛ لعدم كونها ديناً على من كانت عليه، إلّا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه، أو أذن له الحاكم في ذلك، إذ حينئذٍ يكون ديناً عليه، وأمّا بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب، مضافاً إلى أنّ وجوب الإنفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمّته، ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال[٣].

(**مسألة ٣٦**): الأقوى جواز[٤] ضمان مال الكتابة، سواء كانت مشروطة أو مطلقة؛ لأنّه دين في ذمّة العبد وإن لم يكن مستقرّاً؛ لإمكان تعجيز نفسه، والقول بعدم الجواز مطلقاً أو في خصوص المشروطة معلّلاً بأنّه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللّزوم ضعيف، كتعليله، وربما يعلّل بأنّ لازم ضمانه لزومه مع أنّه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنّه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى.

(**مسألة ٣٧**): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقيل بعدم الجواز؛ لعدم ثبوته في الذمّة قبل العمل، والأقوى وفاقاً لجماعة الجواز[٥] لا لدعوى ثبوته في الذمّة من الأوّل وسقوطه إذا لم يعمل، ولا لثبوته من الأوّل

---

١. مرّ الكلام فيه في أوائل كتاب الضمان. (**لنكراني**).

٢. مرّ الكلام فيه. (**خوئي**).

٣. لا إشكال في بطلان الضمان. (**خميني**).

ـ لا ينبغي الإشكال في بطلان الضمان. (**خوئي**).

ـ وهو عدم كونه ضماناً بمعنى نقل ذمّة إلى ذمّة، لكن الأقوى مع ذلك الصحّة، قضاءً لعمومات العقود، بل لعمومات الضمان وبمثله أجاز الضمان مع وجود المقتضي في الشرط الثامن. (**صانعي**).

ـ بل لا ينبغي الإشكال في البطلان. (**لنكراني**).

٤. محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٥. محلّ إشكال. (**خميني ـ لنكراني**).

بشرط مجيء العمل في المستقبل، إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل، بل لقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[أ] ولكفاية المقتضي للثبوت في صحّة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي، كما أشرنا إليه سابقاً.

(**مسألة ٣٨**): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين؛ ذهب إلى كلّ منهما جماعة، والأقوى الجواز[١]، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردّها عيناً ومثلها، أو قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، والعمومات العامّة مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[أأ] ودعوى: أنّه على التقدير الأوّل

← ـ فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

(أ) يوسف (١٢): ٧٢.

١. بل الأقوى عدم الجواز. (**خميني**).

ـ الظاهر فيه التفصيل، فإنّ المنشأ إذا كان هو التعهّد الفعلي للعين المضمونة ليترتب عليه وجوب ردّها مع بقائها ودفع البدل عند تلفها فلا بأس به للعمومات ولا سيما أنّه متعارف في الخارج، وإذا كان اشتغال الذمّة بالبدل فعلاً على تقدير تلفها واشتغال ذمّة الضامن الأوّل به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحّته غير معقولة، وإذا كان اشتغال الذمّة بعد اشتغال ذمّة الضامن الأوّل به على نحو الواجب المشروط فصحّته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز، وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونة. (**خوئي**).

ـ بل الظاهر العدم، سواء كان المراد به أحد الأمرين المذكورين في المتن، أو كان المراد به هو التعهّد الفعلي لنفس العين المضمونة على حذو ثبوتها في عهدة الضامن الأوّل، المترتّب عليه وجوب الردّ مع البقاء والبدل مثلاً، أو قيمة مع التلف، من دون فرق بين أن يكون المراد ضمّ عهدته إلى عهدة الأوّل، أو النقل عنها إليها. (**لنكراني**).

(أ) المائدة (٥): ١.

يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردّها مع أنّ الضمان نقل الحقّ من ذمّة إلى أُخرى، وأيضاً لا إشكال في أنّ الغاصب أيضاً مكلّف بالردّ فيكون من ضمّ ذمّة إلى أُخرى وليس من مذهبنا، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما أنّه على الأوّل أيضاً كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف، مدفوعة، بأنّه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنّه ليس من الضمان المصطلح، وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضي، ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته، وفي جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع، وأمّا ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدٍّ أو تفريط، فلا خلاف بينهم في عدم صحّته، والأقوى[١] بمقتضى العمومات صحّته[٢] أيضاً.

(**مسألة ٣٩**): يجوز[٣] عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك[٤] الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقّاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحّته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن، كما قيّد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخرون وهو الأقوى، قيل: وهذا مستثنى[٥] من عدم ضمان الأعيان.

هذا، وأمّا لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور[٦] لم يلزم الضامن، ويرجع على البائع؛ لعدم ثبوت الحقّ وقت الضمان

---

١. بل الأقوى البطلان. (**لنكراني**).

٢. بل الأقوى بطلانه. (**خميني**).

٣. محلّ إشكال مع بقاء الثمن، سواء كان قبل القبض أو بعده، وأمّا فيما إذا تلف في يد البائع فلا إشكال في الجواز. (**لنكراني**).

٤. مع بقاء الثمن في يد البائع محلّ تردّد. نعم لا إشكال فيه مع تلفه. (**خميني**).

٥. الاستثناء لم يثبت، بل الحال فيه هو الحال في ضمان بقية الأعيان الخارجية، وبذلك يظهر حال بقية المسألة. (**خوئي**).

٦. وهو المنصور فيه وفيما بعده. نعم لا يبعد ذلك في الأرش. (**خميني**).

فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرّح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضى التعليل المذكور. نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنّه هل يدخل في العهدة ويصحّ الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم، وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحّة مع التصريح بالأُولى، والأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحّة مع التصريح، ودعوى: أنّه من ضمان ما لم يجب، مدفوعة بكفاية وجود السبب.

هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ، وأمّا بالنسبة إلى مطالبة الأرش فقال بعض من مَنَع من ذلك بجوازها؛ لأنّ الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أنّ الأقوى صحّة الأوّل أيضاً، وأنّ تحقّق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى: أنّ الأرش أيضاً لا يثبت[1] إلّا بعد اختياره ومطالبته، فالصحّة فيه[2] أيضاً من جهة كفاية تحقّق السبب، وممّا ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع[3] للبائع.

(**مسألة ٤٠**): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقّاً فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفي البعض الآخر يتخيّر المشتري بين الإمضاء والفسخ لتبعّض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله[4]، وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له.

(**مسألة ٤١**): الأقوى وفاقاً للشهيدين[5] صحّة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو

← ـ وهو الحقّ فيه وفيما بعده. (**لنكراني**).

١. نعم، ولكن الملاك هو الاستحقاق، وهو ثابت بالعقد بلا إشكال، فلا يبعد الجواز فيه. (**لنكراني**).

٢. لا وجه للصحّة لفرض أنّ الذمّة غير مشغولة بالأرش إلّا بعد المطالبة، وعليه فلا يصحّ ضمانه لأنّه من ضمان ما لا يجب. (**خوئي**).

٣. يأتي فيه ما قوّينا في ضمان درك الثمن. (**خميني**).

٤. ولكن له الرجوع على الضامن أيضاً لأنّه من موارد الضمان بالفسخ بالنسبة إلى ما قابله وقد مرّ في المسألة السابقة أنّ الأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق والصحّة مع التصريح. (**صانعي**).

٥. فيه إشكال والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

غرس في الأرض المشتراة، إذا ظهر كونها مستحقّة للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع خلافاً للمشهور[١]؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب، هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصحّ[٢] أيضاً كالأجنبي وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحّة عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال الضمان، وقيل بالصحّة؛ لأنّه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه؛ لما مرّ من كفاية تحقّق السبب، فيكون حينئذٍ للضمان سببان: نفس العقد والضمان بعقده، ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد، فإنّه يبقى الضمان العقدي، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما، وقد يورد عليه بأنّه لامعنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل، ويمكن أن يقال[٣]: لا مانع منه مع تعدّد الجهة.

هذا كلّه إذا كان بعنوان عقد الضمان، وأمّا إذا اشترط ضمانه فلا بأس به ويكون مؤكّداً[٤] لما هو[٥] لازم العقد.

(**مسألة ٤٢**): لو قال عند خوف غرق السفينة: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، صحّ بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه وهو الدليل عندهم، وأمّا إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أُخرى من خفّة السفينة أو نحوها فلا يصحّ[٦] عندهم[٧]، ومقتضى العمومات

---

١. وهو المنصور. (**خميني**).

ـ وهو الأقوى. (**لنكراني**).

٢. وهو الأقوى، بل لاوجه لضمان الشخص عن نفسه ولو مع تعدّد الجهة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ وهو الأصحّ، وتعدّد الجهة لا يجدي في التصحيح. (**لنكراني**).

٣. لكنّه بعيد، بل لا وجه له أصلاً. (**خوئي**).

٤. أي ظاهراً، فلا ينافي البطلان المستكشف بظهور المبيع مستحقّاً وردّ المالك البيع والغرض عدم تأثير الشرط في الخلل في البيع لعدم كونه فاسداً. (**لنكراني**).

٥. هذا الشرط إن كان بعنوان شرط النتيجة فهو غير صحيح، وإن كان بعنوان شرط الفعل فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّه لا يكون مؤكداً. (**خوئي**).

٦. وهو الأقوى، وأمّا الأوّل فقد ادّعى الشيخ إجماع الفرقة، بل إجماع الأُمّة ـ عدا أبي ثور ـ عليه

صحّته[٨] أيضاً.

← ولا بأس به، لكنّه ليس من فروع هذا الكتاب وغير مربوط بالضمان المذكور فيه. (**خميني**).

٧. كما هو الحقّ، بل الأوّل أيضاً محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

٨. بل السيرة القطعية العقلائية قائمة على الصحّة. (**خوئي**).

تتمّة

[في صورة التنازع]

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدّمة الاتّفاقية أو الخلافيّة أنّ ما ذكروه في أوّل الفصل، من تعريف الضمان، وأنّه نقل الحقّ الثابت من ذمّة إلى أُخرى، وأنّه لا يصحّ في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له[1]، وأنّه[2] أعمّ من ذلك حسب ما فصّل[3].

(**مسألة ١**): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فادّعى أنّه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له، فالقول قوله، وكذا لو ادّعى أنّه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له؛ لأصالة بقاء ما كان عليه، ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره، فادّعى المضمون له إعساره[4]، فالقول قول[5] المضمون عنه[6]، وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإنّ القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا في صحّة الضمان وعدمها.

---

١. بناءً على مبناه، وقد مرّ الكلام في المسائل المذكورة. (**خميني**).

٢. أي بناءً على مبناه. (**لنكراني**).

٣. قد مرّ التفصيل. (**خوئي**).

٤. بناءً على كون المناط إعسار الضامن حال العقد، وإلّا فعلى ما اخترناه من أنّ مناط الفسخ ضرر المضمون له، لا ثمرة لهذا الاختلاف، وإنّما الثمرة تكون بالنسبة إلى الاختلاف في الضرر وعدمه. (**صانعي**).

٥. مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع الجهل بالحالة السابقة فمحلّ إشكال. (**خميني**).

ـ في خصوص ما إذا كان مسبوقاً باليسار، ومع الجهل بالحال فيه تأمّل وإشكال. (**لنكراني**).

٦. هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقاً. (**خوئي**).

(**مسألة ٢**): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقداره، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجّلاً، أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين، فالقول قول الضامن، ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالّاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجّلاً أو وفائه، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معيّن والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقلّ من الدين، قدّم قول المضمون له.

(**مسألة ٣**): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه، أو في وفاء الضامن حتّى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن، وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط [١] شيء على المضمون عنه [٢]، أو اشتراط الخيار للضامن، قدّم قول المضمون عنه، ولو اختلفا في أصل الضمان، أو في مقدار الدين الذي ضمنه، وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن.

(**مسألة ٤**): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفي الحقّ منه بالبيّنة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر [٣] للإذن [٤] أو الدين [٥]؛ لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان مدّعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان ولم يكن منكراً لأصل الدين، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان، جاز له الرجوع عليه [٦]، إذ لا منافاة بين إنكار

---

١. أي في ضمن عقد آخر؛ لأنّه ليس طرفاً في عقد الضمان. (**لنكراني**).

٢. أي في عقد آخر. (**خميني**).

ـ أي في عقد آخر، وإلّا فليس طرفاً في عقد الضمان حتّى يشترط فيه شيء عليه. (**صانعي**).

٣. هذا القيد لا دخالة له في الحكم. (**لنكراني**).

٤. أي الإذن في الأداء. (**صانعي**).

٥. الظاهر أنّه لا فرق بين صورتي الإنكار وعدمه. (**خوئي**).

٦. فيه إشكال، فإنّ جواز الرجوع عليه يتفرّع على براءة ذمّة المضمون عنه باعتقاد الضامن، والمفروض في المقام عدمه؛ لأنّ المأخوذ ظلماً لا يصلح لتحقّق البراءة، بل باق على ملك الضامن باعتقاده، ولم يتعيّن بسببه كلّي الدين، فكيف يجوز مع ذلك الرجوع إلى المضمون عنه، وممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ذلك المثال. (**لنكراني**).

الضمان وادّعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم[١]، غاية الأمر أنّه يقول: إنّ ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول: إنّه للإذن في الضمان، فهو كما لو ادّعى على شخص: أنّه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، والمدّعي ينكر القرض ويقول: إنّه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم ولو لم يعترف[٢] المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبيّنة، فكذلك[٣] يجوز له الرجوع عليه مقاصّة[٤] عمّا أخذ منه، وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذٍ أن يشهدا بالإذن[٥] من غير بيان كونه الإذن في الضمان أو كونه

---

١. فيه إشكال، فإنّ الإذن في الضمان لا يقتضي الرجوع على الآذن إلّا مع تحقّق الضمان والوفاء به خارجاً، والمفروض في المقام أنّ الضامن ينكر الضمان ويعترف بأن ما أخذ منه إنّما أخذ ظلماً، ومعه كيف يكون استحقاقه الرجوع معلوماً؟ نعم لا بأس بالرجوع على المضمون عنه مقاصّة لما أخذ منه قهراً بإذن من الحاكم الشرعي. (**خوئي**).

٢. لم يظهر لي مورد المسألة. وأنّ عدم الاعتراف هل فرض في صورة ادّعاء الضامن الضمان والإذن فيه، أو فرض في صورة ادّعائه الإذن في الأداء، وكون المأخوذ منه ظلماً؟ فعلى الأوّل لا معنى للمقاصّة أصلاً؛ لأنّه بعد فرض الثبوت بالبيّنة يجوز له الرجوع على المضمون عنه بعنوان الضمان، وعلى الثاني لا وجه لقيام البيّنة على غير ما يدّعيه المدّعي بل ينكره؛ لأنّ مدّعى الضامن إنّما يدّعي مجرّد الإذن وينكر الضمان رأساً، والمفروض إنكار المضمون عنه له أيضاً، كما أنّه لا وجه لإقامة المضمون له البيّنة، على أنّ المضمون عنه قد أذن في الضمان، فالعبارة مشوّشة جدّاً. (**لنكراني**).

٣. في العبارة تشويش، فإن جواز الرجوع على المضمون عنه مقاصّة بإذن من الحاكم الشرعي لا يرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فيه بالبيّنة، بل المناط فيه اعترافه بالدين وبعدم الضمان. (**خوئي**).

٤. بل حجّة وقضاءً للبينة كصورة الاعتراف والمقاصّة إنّما تكون مع اعترافه بالدين وعدم الضمان أو الإذن في الأداء. (**صانعي**).

٥. الإذن المطلق من دون ذكر المتعلّق، الشهادة عليه غير معقول. نعم في الفرض الآتي لما أنّ الشهادة على الطلب مؤثّرة في إثبات الدين فتكون معقولة مثمرة ولا إشكال فيها ظاهراً. (**صانعي**).

الإذن في الأداء؟ الظاهر[١] ذلك[٢] وإن كان لا يخلو عن إشكال، وكذا في نظائره، كما إذا ادّعى شخص على آخر: أنّه يطلب قرضاً، وبيّنته تشهد بأنّه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنّه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال[٣].

(**مسألة ٥**): إذا ادّعى الضامن الوفاء، وأنكر المضمون له وحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه، إذا لم يصدّقه في ذلك، وإن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه[٤] وتقبل شهادته له بالأداء، إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها؛ ممّا يمنع من قبول الشهادة.

(**مسألة ٦**): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى، جاز له الرجوع عليه، ولو ادّعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون؛ لأنّه أمين من قبله، ولو قيّد الأداء بالإشهاد وادّعى الإشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع. نعم لو علم أنّه وفّاه ولكن لم يشهد، يحتمل جواز[٥] الرجوع عليه[٦]، لأنّ الغرض من الإشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحقّقه.

---

١. بل الظاهر العدم؛ لما أُفيد من أنّه ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلّقه موضوعاً متحصّلاً له أحكام حتّى يترتّب عليه أحكامه بقيام البيّنة عليه بدون ذكر متعلّقه، وليس مثل الدين، فإنّ له في حدّ نفسه تحصّلاً وأحكاماً، وليس متقوّماً بأسبابه. (**لنكراني**).

٢. لا معنى للشهادة بالإذن المطلق بلا ذكر المتعلّق، ولا تأثير للبيّنة فيه، وهذا بخلاف الفرض الآتي؛ فإنّ الشهادة على الدين مؤثّرة ولو بلا ذكر السبب. (**خميني**).

ـ بل الظاهر عدمه، ويظهر وجهه ممّا مرّ. (**خوئي**).

٣. الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (**خوئي**).

٤. في الأداء أو في الضمان. (**صانعي**).

٥. بل هو الظاهر فيما لو كان الغرض من الإشهاد علم الآذن بحصول الوفاء من قبل المأذون. وأمّا لو كان الغرض منه القدرة على إقامة البيّنة في مقابل الدائن لو أنكر الوفاء فرضاً، أو كان الغرض منه كلا الأمرين فجواز الرجوع عليه في الفرضين بعيد. (**لنكراني**).

٦. لكنّه بعيد في فرض التقييد كما هو المفروض. (**خوئي**).

ـ قضاءً لقاعدة احترام مال المسلم إلّا أن يكون الإذن مقيداً بالمجانية. (**صانعي**).

كتاب الحوالة

[فصل]

[في معنى الحوالة وشرائطها وأحكامها]

وهي عندهم تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة، والأولى أن يقال: إنّها إحالة المديون دائنه إلى غيره[1]، أو إحالة المديون دينه من ذمّته إلى ذمّة غيره، وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان، فإنّه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته، إلّا أنّه ليس فيه الإحالة المذكورة، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه، ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ[2] والعقل والاختيار، وعدم السفه في الثلاثة[3] من المحيل والمحتال والمحال عليه، وعدم الحجر بالسفه[4] في المحتال والمحال عليه[5]، بل والمحيل، إلّا إذا كانت الحوالة على البريء فإنّه لا بأس به[6]، فإنّه نظير الاقتراض منه أُمور:

---

١. في دينه. (**خميني**).

٢. الظاهر عدم اعتبار شيء من ذلك في المحال عليه، إلّا إذا كانت الحوالة على البرئ فإنّه يعتبر فيه الأُمور المذكورة غير الفلس. (**خوئي**).

٣. الظاهر أنّ حكم الحجر بالسفه حكمه بالفلس. (**خوئي**).

٤. بل بالفلس، والظاهر اشتباه النسخة وإنّما يعتبر عدم الحجر بالفلس في المحتال، وكذا في المحيل إلّا على البريء، وأمّا في المحال عليه فلا يعتبر وإن كان محجوراً عليه في أمواله الموجودة قبل رفعه. (**خميني ـ صانعي**).

ـ هذه الكلمة من سهو القلم أو غلط النسّاخ، وصحيحها بالفلس. (**خوئي**).

ـ الظاهر اشتباه النسخ، والصواب بالفلس، كما أنّ الظاهر اتحاد حكم السفه معه. (**لنكراني**).

٥. لا وجه لاعتبار عدم الفلس بالإضافة إلى المحال عليه، والحجر عليه في أمواله الموجودة لا يستلزم الحجر عليه في الحوالة. (**لنكراني**).

٦. من دون فرق بين أن يكون المحيل مفلساً، أو المحال عليه. (**لنكراني**).

أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم، حيث عدّوها من العقود اللازمة فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأمّا المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً، أو إذا كان بريئاً، فإنّ مجرّد اشتراط الرضا منه لا يدلّ على كونه طرفاً وركناً للمعاملة، ويحتمل أن يقال: يعتبر[١] قبوله[٢] أيضاً[٣]، فيكون العقد مركّباً من الإيجاب والقبولين، وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاة بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصحّ مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما، بأن أوقع الحوالة بالكتابة، ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع[٤]، غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو

---

١. لا يبعد ذلك فيما إذا كانت الحوالة على البريء، أو بغير الجنس الذي على المحال عليه، ولكن الظاهر عدم إخلال الفصل على النحو المتعارف فيها، وأمّا في غيرهما فالأحوط اعتباره بالنحو الذي ذكرنا. (**لنكراني**).

٢. الأقوى اعتباره في الحوالة على البريء أو بغير جنس ما على المحال عليه، والأحوط اعتباره في غيرهما أيضاً، لكن لا يبعد عدم اعتبار عدم الفصل المعتبر في القبول. (**خميني ـ صانعي**).

٣. لكنّه بعيد جدّاً. (**خوئي**).

٤. هذا في غاية الضعف في المقام وكذا في الضمان والوكالة، ولا إشكال في أنّ كلّها من العقود وفيها ميزانها المقوّم لها، وأمّا الإذن فهو إيقاع، والفرق بينه وبين الوكالة ظاهر. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بل الأقوى خلافه، كما أنّ الأمر كذلك في الضمان والوكالة. نعم لا يبعد جواز الاكتفاء في جميعها بالكتابة وعدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول. (**خوئي**).

ـ الظاهر أنّ الحوالة وكذا الضمان والوكالة كلّها من العقود، أمّا الحوالة فلأنّ حقيقتها لا ترجع إلى الوفاء، بل هي عبارة عن نقل المحيل ما في ذمّته للمحتال إلى المحال عليه، فهو تصرّف في ملك الغير من جهة، وفي ذمّة الغير من جهة أُخرى، ولا يعقل تحقّقها بدون القبول. وأمّا الضمان فكذلك لما ذكر. وأمّا الوكالة فلأنّها تغاير مجرّد الإذن؛ لأنّ حقيقتها النيابة المضافة إليهما، وليس لأحدهما الاستقلال فيها، والمفروض أنّه موضوع في الشرع والعرف لآثار خاصّة، وهذا بخلاف الإذن الذي هو مجرّد ترخيص. (**لنكراني**).

منه ومن المحال عليه، ومجرّد هذا لا يصيّره عقداً، وذلك لأنّها نوع من وفاء الدين وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمّته إلى ذمّة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس فإنّه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع، ومن ذلك يظهر أنّ الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنّه نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء ممّا يعتبر في العقود اللازمة، ويتحقّقان بالكتابة ونحوها، بل يمكن دعوى: أنّ الوكالة أيضاً كذلك، كما أنّ الجعالة كذلك وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر، ألا ترى أنّه لا فرق[1] بين أن يقول: أنت مأذون في بيع داري، أو قال: أنت وكيل، مع أنّ الأوّل من الإيقاع قطعاً.

الثاني: التنجيز[2]، فلا تصحّ مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور، لكن الأقوى عدم اعتباره كما مال إليه بعض متأخّري المتأخّرين.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال، وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، وحينئذٍ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل، لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة، بل هو من الضمان، وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه، وأمّا إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف[3]، ولا يبعد

---

١. الفرق ظاهر، فإنّ الإذن في بيع الدار مثلاً ليس ترخيصاً محضاً، وأمّا الوكالة فهي إعطاء سلطنة على التصرّف وله آثار خاصّة لا تترتّب على مجرّد الترخيص. (**خوئي**).

٢. على الأحوط. (**خميني ـ لنكراني**).

٣. والأحوط اعتباره، بل اعتبار قبوله كما مرّ. (**خميني**).

ـ الأقوى عدم الاعتبار، والتفصيل لا محصّل له، والتوكيل خارج عن محلّ البحث. (**خوئي**).

ـ والأحوط اعتباره بل لا يخلو عن قوّة والتفصيل في غير محلّه وجعل الحوالة بمنزلة الوكالة والحوالة على المديون بنحو ما على البريء لا محصّل له. (**صانعي**).

التفصيل[١] بين أن يحوّله عليه بماله عليه بأن يقول: أعطه من الحقّ الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه فإنّه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه وإن كان بنحو إشتغال ذمّته للمحتال وبراءة ذمّة المحيل بمجرّد الحوالة، بخلاف ما إذا وكّله، فإنّ ذمّة المحيل مشغولة إلى حين الأداء، وبين أن يحوّله عليه من غير نظر إلى الحقّ الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء، فيعتبر رضاه؛ لأنّ شغل ذمّته بغير رضاه على خلاف القاعدة، وقد يعلّل باختلاف الناس في الاقتضاء، فلابدّ من رضاه، ولا يخفى ضعفه، كيف وإلّا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنّه لا إشكال فيه.

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمّة المحيل، سواء كان مستقرّاً او متزلزلاً، فلا تصحّ في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور[٢]، لكن لا يبعد[٣] كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان، بل لا يبعد الصحّة[٤] فيما إذا قال: اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد، فرضي ورضي زيد أيضاً؛ لصدق الحوالة وشمول العمومات، فتفرغ ذمّة المحيل وتشتغل ذمّة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً؛ جنساً وقدراً، للمحيل والمحتال، فلا تصحّ الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر، ويمكن أن يقال بصحّته إذا كان آيلاً إلى

---

١. بل لا وجه له، فإنّ الحوالة على المديون بنحو ما على البريء لامحصّل لها، ولا ربط بين باب الحوالة والوكالة. (**خميني**).

ـ لا محصّل لهذا التفصيل لعدم الفرق بين الحوالتين وكونهما بنحو واحد، والأحوط اعتبار رضاه، بل قبوله في المقامين. (**لنكراني**).

٢. وهو المنصور، بل الأقوى عدم الصحّة في الفرع اللاحق. (**خميني**).

ـ قد مرّ في باب الضمان أنّه الأحوط بل الأقوى. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال بل منع، وكذا فيما بعده. (**خوئي**).

٤. والأقوى فيه عدم الصحّة. (**لنكراني**).

العلم كما إذا كان ثابتاً في دفتره، على حدّ ما مرّ في الضمان من صحّته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن، بل وكذا لو قال: كلّما شهدت به البيّنة وثبت خذه من فلان. نعم لو كان مبهماً كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك عليّ خذ من فلان، بطل[١]، وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان.

هذا، ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن[٢] الحكم[٣] بصحّته؛ لعدم الإبهام[٤] فيه حينئذٍ.

السادس: تساوي المالين أي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة خلافاً لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عامّاً إلّا أنّ مرادهم بقرينة التعليل بقولهم: تفصّياً من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمّته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمّة بغير ما هو مشغول الذمّة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمّة بالدنانير بأن يدفع الدراهم، ولعلّه لأنّه وفاء بغير الجنس برضا الدائن، فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس، والوجه في عدم الصحّة ما أُشير إليه من أنّه لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه، وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة ولا إطلاق في خصوص

---

١. بطلانه محلّ تأمّل، والظاهر صحّته كالفرع التالي؛ لعدم الفرق بينهما. (**صانعي**).

٢. لم يعلم الفرق بينه وبين الفرض السابق الذي صرّح فيه بالبطلان، إلّا إذا فرض تساوي الدينين هنا من جميع الجهات دون ذلك الفرض، أو كان الغرض هناك ما كان معيّناً في قصده وإن لم يذكر. ودعوى كون هذه الصورة أولى بالصحّة ممنوعة. (**لنكراني**).

٣. محلّ تأمّل. (**خميني**).

٤. هذا إنّما يتمّ فيما إذا تساوى الدينان كمّاً وكيفاً، وإلّا فهو عين الفرض الذي حكم فيه بالبطلان. (**خوئي**).

الباب ولا سيرة كاشفة والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة، ووجه الصحّة أنّ غاية ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به[١]، وهذا هو الأقوى، ثمّ لا يخفى أنّ الإشكال إنّما هو فيما إذا قال: أعط ممّا لي عليك من الدنانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه، وأمّا إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، وحينئذٍ فتفرغ ذمّة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمّة المحال عليه بها، وتبقى ذمّة المحال عليه مشغولة بالدنانير وتشتغل ذمّة المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك، ولعلّ الخلاف أيضاً مختصّ بالصورة الأُولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً، وعلى هذا فيختصّ الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

(**مسألة ١**): لا فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمّة أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة، ولو مثل الصلاة والصوم والحجّ والزيارة والقراءة، سواء كانت على بريء أو على مشغول الذمّة بمثلها، وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثليّاً كالطعام أو قيميّاً كالعبد والثوب، والقول بعدم الصحّة في القيمي للجهالة ضعيف، والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها.

(**مسألة ٢**): إذا تحقّقت الحوالة برئت ذمّة المحيل وإن لم يبرئه المحتال، والقول بالتوقف على إبرائه ضعيف، والخبر الدالّ على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من

---

١. بعد رضا الطرفين، ولكن الأحوط قلب ما على المحال عليه بناقل شرعي بالجنس ثمّ الحوالة. (**خميني**).

ـ غاية الأمر أنّه يعتبر حينئذٍ رضا المحال عليه. (**خوئي**).

ـ بعد رضى المحال عليه، فإنّ الحوالة وإن كانت متحقّقة في المثالين، لكنه يشترط رضى المحال عليه لعدم تسلّط المحيل على غير ما في ذمّة المحال عليه ولكن الأحوط مع ذلك قلب ما على المحال عليه بناقل شرعي بالجنس ثمّ الحوالة. (**صانعي**).

ـ غاية الأمر أنّه قد مرّ اعتبار رضا المحال عليه حينئذٍ. (**لنكراني**).

المحتال المراد منه: القبول، لا اعتبارها بعده أيضاً، وتشتغل[١] ذمّة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمّته، وتبرأ ذمّة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، وتشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه إن كانت على بريء أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

(**مسألة ٣**): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على مليء.

(**مسألة ٤**): الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كلّ من الثلاثة. نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل، والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم، ولا يعتبر فيه كونه محجوراً، والمناط الإعسار واليسار حال الحوالة وتماميّتها، ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ، ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط[٢] الخيار؛ للانصراف على إشكال[٣]، وكذا مع وجود المتبرّع.

(**مسألة ٥**): الأقوى جواز الحوالة على البريء، ولا يكون داخلاً في الضمان.

---

١. أي بمجرّد الحوالة وإن لم يتحقّق الأداء من المحال عليه، وسيأتي البحث عن ذلك في المسألة العاشرة وأنّ الأقوى خلاف ذلك. (**لنكراني**).

٢. الأشبه عدم السقوط. (**خميني**).

ـ والأقرب عدم السقوط. (**لنكراني**).

٣. أظهره عدم السقوط. (**خوئي**).

ـ مذبوب فإنّه ليس إلّا إطلاق أخبار ثبوت الخيار بفقر المحتال عليه وإفلاسه وجهل المحتال ومع الانصراف لا عبرة بالإطلاق في المنصرف عنه كما لا يخفى، ووجه الانصراف واضح، حيث إنّ الحكم بالخيار مع الإفلاس والجهل ليس عند العرف إلّا لعدم تمكّنه من الأداء وتضرّر المحتال لا لمحض الإفلاس بما هو هو ومع البناء بالاقتراض يندفع الضرر فلم يبق للإطلاق محلّ بالنسبة إليه حتّى يكون سبباً للإشكال، ثمّ إنّ الظاهر ثبوت الخيار مع كلّ ما في المحتال عليه ممّا يوجب الضرر على المحتال من دون الاختصاص بالإفلاس والفقر ككونه مماطلاً غير وفي أو تعسّر الاستيفاء وذلك منه، قضاءً لنفي الضرر والحرج. (**صانعي**).

(**مسألة ٦**): يجوزاشتراط خيار الفسخ لكلّ من الثلاثة.

(**مسألة ٧**): يجوز الدور في الحوالة وكذا يجوز الترامي بتعدّد المحال عليه واتّحاد المحتال، أو بتعدّد المحتال واتّحاد المحال عليه.

(**مسألة ٨**): لو تبرّع أجنبيّ عن المحال عليه برئت ذمّته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وكذا لو تبرّع المحيل عنه.

(**مسألة ٩**): لو أحال عليه فقبل وأدّى، ثمّ طالب المحيل بما أدّاه فادّعى أنّه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم البيّنة فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أدّاه لأصالة البراءة من شغل ذمّته للمحيل، ودعوى: أنّ الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء، مدفوعة[1] بأنّ الشكّ في حصول اشتغال ذمّته وعدمه مسبّب عن الشكّ في اشتغال ذمّة المحال عليه وعدمه، وبعد جريان أصالة براءة ذمّته[2] يرتفع الشكّ.

هذا على المختار من صحّة الحوالة على البريء، وأمّا على القول بعدم صحتها فيقدّم قول المحيل؛ لأنّ مرجع الخلاف إلى صحّة الحوالة وعدمها ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدّم قول مدّعي الصحّة[3] وهو المحيل، ودعوى: أنّ تقديم قول مدّعي الصحّة إنّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال وأمّا المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحّتها، مدفوعة، أوّلاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإنّ الحوالة

---

١. في هذا الدفع إشكال. (**خميني**).

ـ في هذا الدفع إشكال، حيث إنّ تقدّم الأصل السببي راجع بحسب الحقيقة إلى تقدّم الأمارة على الأصل في المسبب وذلك غير محقّق في مثل المورد الذي يكون الأصل السببي أصالة البراءة لا الاستصحاب الموضوعي المنقح لموضوع الأمارة، وكيف كان فالدعوى مدفوعة؛ بأنّ تشخيص المدّعي والمنكر بيد العرف، والمحيل هنا مدع عرفاً والمحال عليه منكر. (**صانعي**).

٢. الصحيح التمسّك في المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمّته فإنّه يحرز الموضوع دون أصالة البراءة. (**خوئي**).

٣. هذا تامّ بالنسبة إلى مقدار الحوالة، وأمّا الزائد عليه فلا يثبت بها. (**صانعي**).

مركّبة من إيجاب وقبولين[١]، وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحّة في جعل اعترافه بتحقّق المعاملة حجّة عليه بالحمل على الصحّة. نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادّعى: أنّه أذن له في أداء دينه، يقدّم قوله؛ لأصالة البراءة من شغل ذمّته فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه ولم يتحقّق هنا حوالة بالنسبة إليه حتّى تحمل على الصحّة وإن تحقّق بالنسبة إلى المحيل والمحتال؛ لاعترافهما بها.

(**مسألة ١٠**): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: لو أحال عليه فقبل وأدّى، فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء أنّ حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلّا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، لكن ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلّا بعد الأداء، والأقوى[٢] حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل[٣] بمجرّد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرّده فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، وحصول شغل ذمّة المحيل له إذا كان بريئاً، ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقّق شغل المضمون عنه للضامن بمجرّد ضمانه، إلّا أنّ الإجماع وخبر الصلح دلّا على التوقف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرّضوا لهذه المسألة،

---

١. مرّ أنّها ليست كذلك. (**خوئي**).

٢. بل الأقوى عدم حصوله إلّا بالأداء، وحالها حال الضمان فيه وفي سائر ما ذكر في المسألة مثل الإبراء والوفاء بالأقلّ. (**خميني**).

ـ بل الأقوى عدم حصوله إلّا بالأداء وحالها حال الضمان فيه وفي سائر ما ذكر في المسألة. (**صانعي**).

ـ بل الأقوى توقّف تحقّق الشغل على الأداء، كما قد عرفت في الضمان ومرّ هناك أنّ قيام الإجماع والخبر على خلاف ما تقتضيه القاعدة من تأخّر الاشتغال ممنوع، وعليه فحالها حاله في جميع الجهات المذكورة في المتن وغيرها. (**لنكراني**).

٣. بل الأقوى أنّ ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلّا بعد الأداء إذ به يتحقّق استيفاؤه لماله بأمره، وعليه يترتّب أنّ حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن. (**خوئي**).

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه المحتال أو وفّاه بالأقلّ أو صالحه بالأقلّ، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

(**مسألة ١١**): إذا أحال السيّد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحّ، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده؛ لثبوته في ذمّته، والقول بعدم صحّته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار، واحتمال عدم اشتغال ذمّة العبد لعدم ثبوت ذمّة اختياريّة له فيكون وجوب الأداء تكليفيّاً، كما ترى.

ثمّ إنّ العبد بقبول الحوالة[١] يتحرّر[٢]؛ لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه، وما عن «المسالك» من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأنّ الحوالة ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صحّ وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة؛ لأنّه صار لازماً للمحتال ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة فيه نظر من وجوه، وكأنّ دعواه[٣] أنّ الحوالة ليست في حكم الأداء[٤]، إنّما هي بالنظر إلى ما مرّ[٥] من دعوى توقّف شغل ذمّة

---

١. بل بنفسها وإن لم يقبل، إذ لا تتوقّف الحوالة عليه على قبوله بعد كونه عبداً مديوناً للمولى كما هو الأظهر. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّه لا يتوقّف على قبوله لها، إذ المفروض أنّه مديون للمولى فبتحقّق الحوالة تبرأ ذمّته وتشتغل للمحتال. (**خوئي**).

٣. كون نظره إلى ما ذكر محلّ إشكال. (**خميني ـ صانعي**).

٤. هذه الدعوى وإن كانت باطلة في نفسها لأنّها تستلزم عدم براءة ذمّة المحيل عن دين المحتال بمجرّد الحوالة وهو خلاف المفروض إلّا أنّها غير مبتنية على الدعوى الثانية فإنّ مورد الثانية هي الحوالة على البريء لا على المديون. (**خوئي**).

٥. ولكن مورد ما مرّ هو الحوالة على البريء لا المديون، إلّا أن يقال بكون المقام أيضاً كذلك؛ لأنّه لا يعقل أن يكون العبد مديوناً للمولى؛ لأنّه يلزم أن يكون المولى مديوناً لنفسه، ولكنّه كما ترى. (**لنكراني**).

المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان، فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجرّدها يحصل الوفاء وتبرأ ذمّة المحيل، لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك، وفيه منع التوقّف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقّق بها الوفاء.

(**مسألة ١٢**): لو باع السيّد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صحّ؛ لأنّ حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيّده وغيره، وما عن الشيخ[1] من المنع ضعيف.

(**مسألة ١٣**): لو كان للمكاتب دين على أجنبيّ فأحال سيّده عليه من مال الكتابة صحّ، فيجب عليه تسليمه للسيّد ويكون موجباً لانعتاقه، سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد أم لا.

(**مسألة ١٤**): لو اختلفا[2] في أنّ الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة فمع عدم البيّنة يقدّم قول منكر الحوالة[3]، سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمّة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكيّة المال المحال به للمحتال، ودعوى: أنّه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيّة المحتال فيكون المحيل المنكر للحوالة مدّعياً، فيكون

---

١. ولكن المحكي عن الشيخ رحمه الله هو المنع فيما لو أحاله بمال الكتابة، وأمّا الحوالة عليه بثمن السلعة التي ابتاعها فاحتمل فيها الوجهان. (**لنكراني**).

٢. لابدّ من فرض المسألة فيما إذا كان مدّعي الوكالة يدّعيها بأن يكون أمانة عند الوكيل، وإلّا فلا يترتّب على هذه الدعوى بالنسبة إلى ما بعد القبض أثر أصلاً، ضرورة اتفاقهما حينئذٍ على كون المال للمحتال وارتفاع اشتغال ذمّة المحيل له، كما أنّ إجراء الأُصول المذكورة بالنسبة إلى ما بعد القبض مخدوش في هذه الصورة، ضرورة أنّ ارتفاع اشتغال ذمّة المحيل للمحتال، وكذا ذمّة المحال عليه للمحيل، وكذا ملكية المحتال للمال المأخوذ معلوم، سواء كان الواقع هي الحوالة أو الوكالة بالنحو المذكور. نعم، لو كانت الوكالة بنحو الأمانة لا بأس بجريان أكثر هذه الأُصول. (**لنكراني**).

٣. لا بمعنى ثبوت الوكالة وترتيب أثرها لو كان لها أثر، وللمسألة صور وكذا لطرح الدعوى، ولعلّ في بعضها يكون المرجع التحالف على إشكال. (**خميني ـ صانعي**).

القول قول المحتال في هذه الصورة، مدفوعة بأنّ مثل هذه اليد لا يكون أمارة على ملكيّة ذيها، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادّعى: أنّه دفعه أمانة، وقال الآخر: دفعتني هبة أو قرضاً، فإنّه لا يقدّم قول ذي اليد.

هذا كلّه إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأمّا إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتّبع، ولو علم أنّه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثمّ اختلفا في أنّه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنّه يقدّم قول مدّعي الحوالة[1]؛ لأنّ الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة؛ وفيه: منع[2] الظهور[3] المذكور. نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأمّا ما يشتقّ منها كلفظ أحلت فظهوره فيها ممنوع، كما أنّ لفظ الوصيّة ظاهر في الوصيّة المصطلحة وأمّا لفظ أوصيت أو أُوصيك بكذا فليس كذلك، فتقديم قول مدّعي الحوالة في الصورة المفروضة محلّ منع.

(**مسألة ١٥**): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبيّ بريء أو مديون للمشتري، ثمّ بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين؛ لظهور عدم اشتغال ذمّة المشتري للبائع، واللازم اشتغال ذمّة المحيل للمحتال.

هذا في الصورة الثانية، وفي الصورة الأُولى وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء، إلّا أنّ المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمّته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمّته[4] لا عليه[5]، ولافرق بين أن يكون انكشاف البطلان

---

١. لا يخلو من قوّة، ومنع الظهور ممنوع. (**خميني ـ صانعي**).

٢. في المنع منع، وتقديم مدّعي الحوالة لا يخلو عن قوّة. (**لنكراني**).

٣. في المنع إشكال. (**خوئي**).

٤. لا معنى للحوالة على ما في ذمّته، بل الحوالة هنا على الشخص بما في ذمّته، فإن كان ذلك بنحو الداعي صحّت الحوالة وتكون على البريء، وإن كان بنحو التقيّد بطلت. (**لنكراني**).

٥. هذا ممنوع، بل حوالة عليه بما في ذمّته، فإن كان بنحو التقييد بطلت الحوالة، وإن كان بنحو الداعي صحّت وتكون الحوالة على البريء. (**خميني ـ صانعي**).

قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً[١] على ملك المشتري[٢] فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأُولى وعلى البائع في الثانية.

(**مسألة ١٦**): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين، ثمّ انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات، فالحوالة صحيحة؛ لوقوعها في حال اشتغال ذمّة المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرّف أحد المتبايعين فيما انتقل إليه ثمّ حصل الفسخ، فإنّ التصرّف لا يبطل بفسخ البيع، ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري[٣] بالثمن، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبيّ، لأنّها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث إنّها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأُولى ضعيف، والتبعيّة في الفسخ وعدمه ممنوعة. نعم هي تبع للبيع، حيث إنّها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين، وربما يقال ببطلانها إن قلنا: إنّها استيفاء، وتبقى إن قلنا: إنّها اعتياض، والأقوى البقاء وإن قلنا: إنّها استيفاء؛ لأنّها معاملة

---

١. في غير صورة إحالة المشتري البائع على الأجنبي البريء، وأمّا فيها فالمقبوض باقٍ على ملك الأجنبي في صورة بطلان الحوالة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ هذا في خصوص الصورة الأُولى، ويؤيّده التعبير بالبقاء. وأمّا الصورة الثانية بكلا شقّيها فالمأخوذ باق على ملك الأجنبي فيها، أمّا الشقّ الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلأنّه لم يكن في البين ما يوجب خروجه عن ملك الأجنبي إلّا الحوالة، والأداء عقيبها بتخيّل صحّتها وقد انكشف الخلاف، فالمأخوذ باق على ملكه، ومنه يظهر أنّه مع التلف يكون الراجع هو الأجنبي في الصورة الثانية، والظاهر جواز رجوعه إلى المحتال وإلى المحيل الذي هو المشتري. نعم، له الرجوع عليه لو رجع عليه به. (**لنكراني**).

٢. هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على البريء، وأمّا فيه فالمقبوض باق على ملك البريء فله الرجوع به، ومع تلفه جاز له الرجوع على المحيل وعلى المحتال، فإن رجع على المحيل جاز له الرجوع على المحتال. (**خوئي**).

٣. هذا من سهو القلم، والصحيح ويرجع المشتري على البائع. (**خوئي ـ صانعي**).

مستقلّة[١] لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسّره فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء، حيث إنّه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسّرة، فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة[٢]، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث إنّ الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

(**مسألة ١٧**): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معيّن خارجي، فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه[٣]، وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحوالة[٤] المصطلحة، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل؛ لبقاء شغل ذمّته، ولو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن[٥] الوكيل المحال عليه[٦]، إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

---

١. هذا إنكار للمبنى لا للبناء بعد تسليم المبنى وإنكار المبنى وجيه، وفرق بين كونها استيفاء أو لازمها ذلك. (**خميني ـ صانعي**).

٢. الظاهر أنّها معاملة لازمة، فلا تتبع البيع في الانفساخ. (**خوئي**).

٣. لا أثر لقبول المحال عليه في الحكم؛ أي وجوب الدفع. نعم له أثر في الضمان لأجل الغرور. (**خميني ـ صانعي**).

٤. بل ليس من الحوالة أصلاً، ولا يحتاج إلى قبول المحال عليه؛ لأنّه وكيل على ما هو المفروض، بل وقبول المحتال إذا كان ذلك المال مصداقاً لدينه. (**لنكراني**).

٥. فيه نظر وإشكال. (**لنكراني**).

٦. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

كتاب النكاح

[فصل]

[في فضل النكاح وآدابه]

النكاح مستحبّ في حدّ نفسه بالإجماع والكتاب والسنّة المستفيضة، بل المتواترة، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَإِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللهُ واسِعٌ عَلِيمٌ﴾[أ]، وفي النبويّ المرويّ بين الفريقين: «النكاح سنّتي فمن رغب عن سنّتي فليس منّي» وعن الصادق عليه السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: «تزوّجوا فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من أحبّ أن يتّبع سنّتي فإنّ من سنّتي التزويج» وفي النبوي صلى الله عليه وآله: «ما بني بناء أحبّ إلى الله تعالى من التزويج» وعن النبيّ صلى الله عليه وآله: «من تزوّج أحرز نصف دينه فليتّق الله في النصف الآخر» بل يستفاد من جملة من الأخبار استحباب حبّ النساء ففي الخبر عن الصادق عليه السلام: «من أخلاق الأنبياء حبّ النساء» وفي آخر عنه عليه السلام: «ما أظنّ رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلّا ازداد حبّاً للنساء» والمستفاد من الآية وبعض الأخبار أنّه موجب لسعة الرزق، ففي خبر إسحاق بن عمّار: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حقّ: إنّ رجلاً أتى النبيّ صلى الله عليه وآله فشكى إليه الحاجة، فأمره بالتزويج حتّى أمره ثلاث مرّات، قال أبو عبدالله عليه السلام: «نعم هو حقّ» ثمّ قال عليه السلام: «الرزق مع النساء والعيال».

(**مسألة ١**): يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة فعن النبيّ صلى الله عليه وآله: «رذّال موتاكم العزّاب» ولا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق؛ لإطلاق الأخبار، ولأنّ فائدته لا تنحصر في كسر الشهوة، بل له فوائد: منها: زيادة النسل وكثرة قائل لا إله إلّا الله، فعن الباقر عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما يمنع المؤمن أن يتّخذ أهلاً لعلّ الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلّا الله».

(أ) النور (٢٤): ٣٢.

(مسألة ٢): الاستحباب لا يزول بالواحدة، بل التعدّد مستحبّ[١] أيضاً، قال الله

١ . استحبابه مشكل، بل ممنوع، لعدم الدليل عليه، ولا دلالة في الآية على أزيد من أصل الجواز، كما صرّح به الجواهر، في ردّ الاستدلال بها على الاستحباب على أصل النكاح زائداً على غيرها من أدلّته.

ففيه: «عليه (أي على استحباب النكاح) بقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتامى فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَثُلاثَ وَرُباعَ**﴾(أ) باعتبار اشتماله على الأمر الذي أقرب المجازاة إلى معناه الحقيقي بعد تعذّره الندب لا يخلو من نظر، ضرورة عدم استفادة أكثر من الإباحة منه، باعتبار تعليقه على خوف ترك القسط والعدل، المشعر بكون الأمر لانتفائه في المأمور به وسلامته عنه، وذلك قرينة واضحة على إرادة الرخصة منه، من غير التفات إلى الوجوب والندب.

والمعنى حينئذٍ: إن خفتم أن لا تعدلوا في يتامى النساء إذا تزوجتم بهنّ فانكحوا ما طاب لكم من النساء من غيرهن، فإنّهم كما قيل كانوا يتزوّجون اليتامى اللّاتي في حجورهم، طمعاً في المال أو رغبة في الجمال، فيجتمع عند الواحد منهم منهنّ ما لا يقدر على القيام بحقّه، أو ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ**﴾ أن تجوروا على من لكم الولاية عليهم من يتامى النساء بأخذ أموالهنّ وصرفها في مؤن تزويجكم ﴿**فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَثُلاثَ وَرُباعَ**﴾، ولا تزيدوا حتّى لا يحوجكم إلى ذلك.

فقد قيل: إنّ الرجل من قريش كان يتزوّج العشر من النساء وأكثر، فإذا أعدم تناول من أموال اليتامى المولّى عليهم، فنزلت هذه الآية أو غير ذلك ممّا قيل في الآية ممّا هو مشترك فيما ذكرناه من عدم الالتفات فيه إلى الوجوب والندب، وأنّه لا يراد منه سوى الرخصة والإباحة، نحو قول القائل: «إن خفت من ضرر هذا الطعام فكل من ذلك» فإنّ المفهوم: أنّ الطعام المأمور به خالٍ عن الضرر مرخّص في أكله، وأمّا أنّ أكله مطلوب ومراد فلا يفهم منه، على أنّ المفهوم من الآية المنع عمّا زاد على الأربع.

ومن ثمّ استدلّوا بها على حصر الجواز في ذلك، بل أمر النبي ﷺ عند نزولها مَن كان عنده أزيد من أربع بإمساك الأربع وتسريح البواقي، وذلك إنّما يصحّ لو كان الأمر للإباحة، فإنّ مفهوم العدد حينئذٍ يقتضي تحريم الزيادة، بخلاف ما لو كان الأمر للندب، فإنّه يقتضي حينئذٍ عدم استحبابها، وهو أعمّ من تحريمها»(ب).

هذا مع أنّ الظاهر من الأمر بمعاشرتهن بالمعروف ﴿**وَعاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾(□)، حرمة الزواج إذا كان مخالفاً للمعروف، ومنكراً، وموجباً لإيذاء الزوجه السابقة. نعم، إن كان زواجه الثاني على نحو لا يوجب إيذاء الزوجة الأُولى تحصيلاً لرضايتها، أو إخفائه على نحو لا تعلم به يكون جائزاً.

وقال الشيخ في مبسوطه: يجوز للرجل أن يتزوّج أربعاً بلا خلاف، والمستحبّ أن يقتصر على واحدة(□). (**صانعي**).

(أ) النساء (٤): ٣.

(ب) جواهر الكلام ٢٩ : ١٠.
(ج) النساء (٤) : ١٩.)
(د) المبسوط ٦ : ٤.

تعالى[١] : ﴿ فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَثُلاثَ وَرُباعَ ﴾[(أ)]، والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع، بل المستحبّ أعمّ منهما ومن التسرّي بالإماء.

(**مسألة ٣**) : المستحبّ هو الطبيعة، أعمّ من أن يقصد به القربة أو لا. نعم عباديّته وترتّب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة.

(**مسألة ٤**) : استحباب النكاح إنّما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته، وأمّا بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة، فقد يجب بالنذر[٢] أو العهد أو الحلف، وفيما إذا كان مقدّمة لواجب مطلق، أو كان في تركه مظنّة الضرر أو الوقوع[٣] في الزنا أو محرّم آخر،

---

١. في دلالة الآية الشريفة على استحباب أزيد من الواحدة إشكال. (**لنكراني**).

٢. مرّت المناقشة في وجوب المنذور بعنوانه الذاتي، بل الواجب هو عنوان الوفاء بالنذر، وإنّما ينطبق في الخارج على المنذور والخارج ليس ظرف تعلّق الوجوب، وكذا الحال في العهد واليمين، وكذا في سائر أمثلته من كونه مقدّمة للواجب المطلق وما يتلوه، فإنّها مع ورود الإشكال المتقدّم عليها أو على بعضها، ترد عليها إشكالات أُخر ليس المقام مقتضياً لبيانها، وكذا الكلام في النكاح المحرّم والأمثلة المذكورة، وأمّا الزيادة على الأربع ونكاح المحرّمات عيناً وجمعاً فإنّها محرّمات وضعيّة ـ أي لا يقع النكاح فيها ـ لا أنّه يقع محرّماً، وتأتي المناقشة في النكاح المكروه بما ذكره أيضاً. (**خميني**).

ـ مرّت المناقشة في وجوب المنذور بعنوانه الذاتي، بل الواجب هو عنوان الوفاء بالنذر، وإنّما ينطبق في الخارج على المنذور والخارج ليس ظرف تعلّق الوجوب، وكذا الحال في العهد واليمين. (**صانعي**).

ـ لا بعنوانه الأوّلي الذي هو النكاح، فإنّ الوجوب الآتي من قبل النذر وشبهه يكون متعلّقه الوفاء بالنذر واختيه، ولا يسري منه إلى العناوين الأوّلية المتعلّقة للنذر ونحوه وهكذا الحال في مقدّمة الواجب وسائر الأمثلة. (**لنكراني**).

٣. الظنّ بالوقوع في الزنا أو محرّم آخر إذا ترك النكاح لا يوجب صيرورته واجباً إلّا إذا بلغ إلى حدّ

وقد يحرم[١] كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب، من تحصيل علم واجب أو ترك حقّ من الحقوق الواجبة وكالزيادة على الأربع[٢]، وقد يكره كما إذا كان فعله موجباً للوقوع في مكروه، وقد يكون مباحاً كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها.

وبالنسبة إلى المنكوحة أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسة فالواجب: كمن يقع في الضرر لو لم يتزوّجها أو يبتلي بالزناء معها لولا تزويجها، والمحرّم: نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً، والمستحبّ المستجمع للصفات المحمودة في النساء، والمكروه: النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء ونكاح القابلة المربيّة ونحوها، والمباح: ما عدا ذلك.

(**مسألة ٥**): يستحبّ عند إرادة التزويج أُمور:

منها: الخطبة.

ومنها: صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها، والدعاء بعدها بالمأثور وهو: «اللّهمّ إنّي أُريد أن أتزوّج فقدّر لي من النساء أعفّهُنّ فرجاً وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي وأوسعهنّ رزقاً وأعظمهنّ بركة وقدّر لي ولداً طيّباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي» ويستحبّ أيضاً أن يقول: «أقررت بالميثاق الذي أخذ الله إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان».

ومنها: الوليمة يوماً أو يومين لا أزيد، فإنّه مكروه، ودعاء المؤمنين، والأولى كونهم فقراء ولا بأس بالأغنياء، خصوصاً عشيرته وجيرانه وأهل حرفته ويستحبّ إجابتهم وأكلهم، ووقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً، وعن النبيّ ﷺ: «لا وليمة إلّا في

← الاطمئنان المتاخم للعلم. (**لنكراني**).

(أ) النساء (٤): ٣.

١. يجري ما ذكرناه في النذر وشبهه هنا أيضاً، وكذا في المكروه. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّ الزيادة على الأربع من المحرّمات الوضعية، ومعناها عدم وقوع النكاح لا وقوعه محرّماً، وكذا في نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً. (**لنكراني**).

خمس: عرس، أو خرس، أو عذار، أو وكار، أو ركاز» العرس: التزويج، والخرس: النفاس، والعذار: الختان، والوكار: شراء الدار، والركاز: العود من مكّة.

ومنها: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبيّ ﷺ والأئمّة عليهم السلام، والوصيّة بالتقوى والدعاء للزوجين، والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبيّ وآله ﷺ، ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضاً.

ومنها: الإشهاد في الدائم والإعلان به، ولا يشترط في صحّة العقد عندنا.

ومنها: إيقاع العقد ليلاً.

(**مسألة ٦**): يكره عند التزويج أُمور:

منها: إيقاع العقد والقمر في العقرب، أي في برجها لا المنازل المنسوبة إليها وهى القلب والإكليل والزبانا والشولة.

ومنها: إيقاعه يوم الأربعاء.

ومنها: إيقاعه في أحد الأيّام المنحوسة في الشهر؛ وهي الثالث والخامس والثالث عشر والسادس عشر والحادي والعشرون والرابع والعشرون والخامس والعشرون.

ومنها: إيقاعه في محاق الشهر؛ وهو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

(**مسألة ٧**): يستحبّ اختيار امرأة تجمع صفات، بأن تكون بكراً ولوداً، ودوداً، عفيفة، كريمة الأصل، بأن لا تكون من زناء أو حيض أو شبهة، أو ممّن تنال الألسن آباءها أو أمّهاتها، أو مسّهم رقّ أو كفر أو فسق معروف، وأن تكون سمراء عيناء عجزاء مربوعة، طيّبة الريح ورمة الكعب، جميلة ذات شعر، صالحة تعين زوجها على الدنيا والآخرة، عزيزة في أهلها ذليلة مع بعلها، متبرّجة مع زوجها حصاناً مع غيره.

فعن النبيّ ﷺ: «إنّ خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلها، المتبرّجة مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها ولم تبذل كتبذّل الرجل ثمّ قال: ألا أُخبركم بشرار نسائكم: الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها، العقيم الحقود التي لا تدرع من قبيح، المتبرّجة إذا غاب عنها بعلها الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلها تمنّعت منه كما تمنّع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عذراً ولا

تغفر له ذنباً»ويكره اختيار العقيم، ومن تضمّنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجيبة، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة، ويكره تزويج جملة أُخرى:

منها: القابلة وابنتها للمولود.

ومنها: تزويج ضرّة كانت لأُمّه مع غير أبيه.

ومنها: أن يتزوّج أُخت أخيه.

ومنها: المتولّدة من الزنا[1].

ومنها: الزانية[2].

ومنها: المجنونة.

ومنها: المرأة الحمقاء أو العجوزة.

وبالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سيّئ الخلق والمخنّث والزنج والأكراد والخزر والأعرابيّ[3] والفاسق وشارب الخمر.

(مسألة ٨): مستحبّات الدخول على الزوجة أُمور:

منها: الوليمة قبله أو بعده.

ومنها: أن يكون ليلاً؛ لأنّه أوفق بالستر والحياء ولقوله صلى الله عليه وآله: «زفّوا عرائسكم ليلاً وأطعموا ضحى» بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضاً.

ومنها: أن يكون على وضوء.

ومنها: أن يصلّي ركعتين والدعاء بعد الصلاة على محمّد وآله بالأُلفة وحسن الاجتماع بينهما، والأولى المأثور وهو: «اللّهمّ ارزقني أُلفتها وودّها ورضاها بي وارضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف، فإنّك تحبّ الحلال وتكره الحرام».

---

١. قد مرّ منه الحكم بكراهة تزويج المتولّدة من الزنا، ولا وجه للإعادة. (**لنكراني**).

٢. بل حرمتها على الزاني بها قبل التوبة لا يخلو من قوّة. (**صانعي**).

٣. كراهة الأربعة من الأقوام المختلفة محلّ تأمّل، بل منع، على ما حقّقناه في كتاب النكاح من فقه الثقلين. (**صانعي**).

ومنها: أمرها بالوضوء والصلاة أو أمر من يأمرها بهما.

ومنها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها.

ومنها: أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول: «اللّهمّ بأمانتك أخذتها وبكلماتك استحللتها فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقيّاً من شيعة آل محمّد ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً».

أو يقول: «اللّهمّ على كتابك تزوّجتها وفي أمانتك أخذتها وبكلماتك استحللت فرجها فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويّاً ولا تجعله شرك شيطان» ويكره الدخول ليلة الأربعاء.

(**مسألة ٩**): يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال، إن كان عامّاً فللعموم، وإن كان خاصّاً فللمخصوصين، وكذا يجوز[1] تملّكه مع الإذن فيه أو بعد الإعراض عنه، فيملك وليس لمالكه الرجوع فيه[2] وإن كان عينه موجوداً، ولكن الأحوط لهما مراعاة الاحتياط.

(**مسألة ١٠**): يستحبّ عند الجماع الوضوء والاستعاذة والتسمية وطلب الولد الصالح السويّ والدعاء بالمأثور؛ وهو أن يقول: «بسم الله وبالله اللّهمّ جنّبني الشيطان وجنّب الشيطان ما رزقتني» أو يقول: «اللّهمّ بأمانتك أخذتها...» إلى آخر الدعاء السابق أو يقول: «بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلّا هو بديع السموات والأرض اللّهمّ إن قضيت منّي في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظّاً واجعله مؤمناً مخلصاً مصفّى من الشيطان ورجزه جلّ ثناؤك» وأن يكون في مكان مستور.

(**مسألة ١١**): يكره الجماع ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزلة، بل في كلّ يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة، وكذا يكره عند الزوال[3] وعند غروب الشمس حتّى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أوّل ليلة من كلّ شهر إلّا في الليلة الأُولى من

---

١. فيه تأمّل. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال، والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٣. بل بعده، وأمّا عنده فلم أر دليلها. (**خميني**).

شهر رمضان، فإنّه يستحبّ فيها، وفي النصف من كلّ شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليلة الأضحى، ويكره في السفينة، ومستقبل القبلة ومستدبرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء، والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجرة المثمرة، وعلى سقوف البنيان، وفي وجه الشمس إلّا مع الستر، ويكره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبيّ الغير المميّز، وأن ينظر إلى فرج الامرأة حال الجماع، والكلام عند الجماع إلّا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه اسم الله أو شيء من القرآن، ويستحبّ الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة ويوم الخميس عند الزوال ويوم الجمعة بعد العصر، ويستحبّ عند ميل الزوجة إليه.

(**مسألة ١٢**): يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً[1] حتّى يصبح.

(**مسألة ١٣**): يستحبّ السعي في التزويج، والشفاعة فيه بإرضاء الطرفين.

(**مسألة ١٤**): يستحبّ تعجيل تزويج البنت وتحصينها بالزوج عند بلوغها. فعن أبي عبدالله عليه السلام: من سعادة المرء أن لا تطمث ابنته في بيته.

(**مسألة ١٥**): يستحبّ حبس المرأة[2] في البيت، فلا تخرج إلّا لضرورة، ولا يدخل عليها أحد من الرجال.

(**مسألة ١٦**): يكره تزويج الصغار وقبل البلوغ.

(**مسألة ١٧**): يستحبّ تخفيف مؤونة التزويج وتقليل المهر[3].

---

١. إلّا مع الإعلام بذلك أو الاطّلاع عليه. (**لنكراني**).

٢. الحكم بالاستحباب مشكل إن لم نقل بممنوعيته لكونه مستنداً إلى الأخبار التي تكون في الإرشاد والنصيحة أظهر من المولوية، ففي بعضها(أ)، تعليل الأمر بالحبس بأنّ همتهنّ الرجال، هذا مع قطع النظر عن السند. (**صانعي**).

٣. استحبابهما بما هما غير ثابت لعدم الدليل عليه وأخبار الباب قاصرة عن كراهتهما خاصّة حتّى يستدلّ بها على استحباب خلافه لأنّها متعرّضة لشؤم المرأة في كثرة مهرها وعقمها، وكثرة مهرها ←

(**مسألة ١٨**): يستحبّ ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

(**مسألة ١٩**): يجوز للرجل تقبيل أيّ جزء من جسد زوجته ومسّ أيّ جزء من بدنه ببدنها.

(**مسألة ٢٠**): يستحبّ اللبث وترك التعجيل عند الجماع.

(**مسألة ٢١**): يكره المجامعة تحت السماء.

(**مسألة ٢٢**): يستحبّ إكثار الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله.

(**مسألة ٢٣**): يستحبّ خلع خفّ العروس إذا دخلت البيت وغسل رجليها وصبّ الماء من باب الدار إلى آخرها.

(**مسألة ٢٤**): يستحبّ منع العروس في أُسبوع العرس من الألبان والخلّ والكزبرة والتفّاح الحامض.

(**مسألة ٢٥**): يكره اتّحاد خرقة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع.

(**مسألة ٢٦**): يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفّيها وشعرها ومحاسنها، بل لا يبعد[1] جواز النظر[2] إلى سائر جسدها ما عدا عورتها وإن كان الأحوط خلافه، ولا يشترط أن يكون ذلك بإذنها ورضاها. نعم يشترط[3] أن لا يكون بقصد التلذّذ وإن علم أنّه يحصل بنظرها قهراً، ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض وهو الاطّلاع على

← وعقوق زوجها، كما أنّ ما دلّ منها على أفضليّة أصبحهن وجهاً وأقلهنّ مهراً، مضافاً إلى أنّه بيان للفضيلة الخارجية ليس بأزيد من الإرشاد إلى جمعهما فلا دلالة فيه على فضلية واحدة منهما ولو على نحو الإرشاد. (**صانعي**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٠: ٦٤، أبواب مقدمات النكاح، الباب ٢٤، الحديث ١.

١. بل الأظهر اختصاص جواز النظر بالوجه واليدين بما فيها المعصم والشعر والساقين. (**خوئي**).

٢. بل هو الأقوى. (**صانعي**).

٣. كما أنّه يشترط أيضاً خلوّ المرأة عن المانع، فلا يجوز النظر إلى المرأة ذات البعل والمعتدّة. (**لنكراني**).

حالها بالنظر الأوّل ويشترط أيضاً[١] أن لا يكون مسبوقاً بحالها وأن يحتمل اختيارها[٢] وإلّا فلا يجوز، ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص أو كان قاصداً لمطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار وإن كان الأحوط[٣] الاقتصار على الأوّل[٤]، وأيضاً لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها وتخبره أو لا، وإن كان الأحوط الاقتصار على الثاني، ولا يبعد جواز نظر المرأة[١] أيضاً إلى الرجل الذي يريد تزويجها، ولكن لا يترك الاحتياط بالترك، وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها وإن كان بغير إذن سيّدها، والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه، فلا يشمل الوكيل والوليّ والفضولي، وأمّا في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

(**مسألة ٢٧**): يجوز النظر إلى نساء أهل الذمّة، بل مطلق الكفّار مع عدم التلذّذ والريبة، أي خوف الوقوع في الحرام، والأحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهنّ على عدم ستره، وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم، وهو مشكل[٢].

---

١. فيه إشكال، بناءً على عدم جواز نظرها إليه في نفسه. (**خوئي**).

٢. لا إشكال فيه. (**خوئي**).

ـ ناشٍ من القول بضعف عباد بن صهيب؛ لعدم التوثيق له من الكشّي ولا من الشيخ، بل قال الكشّي: إنّه عامي. ونقل عن نصر إنّه بتري(أ)، ومن القول بما يظهر من المشهور من عدم العمل بها لعدم تعرضهم بمضمونه، ومن توثيقه النجاشي بقوله: بصري ثقة، روى عن أبي عبدالله عليه السلام كتاباً(ب)، لكن الظاهر عدم الإشكال في الإلحاق، وأنّه لا يخلو من قوّة؛ لكون عباد موثّقاً جمعاً بين توثيق النجاشي وبين ما عن الكشّي من أنّه عامي، هذا مع اعتضاد توثيق النجاشي بنقل حسن بن محبوب عنه،

---

١. ويشترط ـ أيضاً ـ أن تكون المرأة خليّة عن المانع، فلا يجوز النظر إلى ذات البعل والعدّة. (**خميني**).

٢. أي اختياره إيّاها، وكذا يشترط أن يحتمل اختيارها إيّاه. (**لنكراني**).

٣. لا يترك. (**لنكراني**).

٤. لا يترك. (**خميني**).

ـ بل الأقوى ذلك. (**خوئي**).

وهو من أصحاب الإجماع. ونقل أحمد بن محمّد بن عيسى الأشعري عن ابن محبوب عنه، مع أنّه أخرج البرقي من قم؛ لأنّه يروي عن الضعفاء ويعتمد المراسيل، ومع أنّ عدم التوثيق من الكشّي والشيخ غير معارض مع توثيقه كما لا يخفى، وتقدّمه عليهما مع التعارض أيضاً؛ لأنّه أدقّ، وعدم عمل المشهر غير مضرّ فليس بمنشإٍ للإشكال، وما يتوهم منشأ من عدم المناسبة بين العلّة، وهو قوله في موثّق عباد بن صهيب: «لأنهنّ إذا نهين لا ينتهينّ»(ج)، والمعلول وهو جواز النظر ونفي البأس عنه إلى تلك الطوائف، حيث إنّه لا يصحّ تعليل نفي الحرمة بعدم انتهاء المرتكبين بالنهي كما لا يخفى، ولذلك حملوا الجواز على النظر الاتّفاقي في التردّد في الأسواق؛ لاستلزامه الحرمة الحرج مع عدم انتهائهم فيه ما لا يخفى؛ لأنّ العلّة ناظرة إلى أنّ حرمة النظر تكون من جهة حرمة النساء، فمع عدم حرمتهنّ لأنفسهنّ لا مانع من النظر. ويشهد لذلك موثّقة السكوني، ففيها: «لا حرمة لنساء أهل الذمّة أن ينظر إلى شعورهنّ وأيديهنّ»(د)، بل ويشهد أيضاً ذيل رواية عباد. (**صانعي**).

(أ) رجال الكشّي ٢: ٦٩٠.
(ب) رجال النجاشي: ٢٩٣.
(ج) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٠، الحديث ١٤٣٨.
(د) النور (٢٤): ٣١.

نعم الظاهر عدم حرمة التردّد في الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهنّ، ولا يجب غضّ البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان.

(**مسألة ٢٨**): يجوز لكلّ من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العورة من مماثله؛ شيخاً أو شابّاً، حسن الصورة أو قبيحها، ما لم يكن بتلذّذ أو ريبة. نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية والنصرانية، بل مطلق الكافرة، فإنّهنّ يصفن ذلك لأزواجهنّ، والقول بالحرمة للآية حيث قال تعالى: ﴿**أَوْ نِسائِهِنَّ**﴾(أ) فخصّ بالمسلمات ضعيف؛ لاحتمال كون المراد[1] من نسائهنّ الجواري[2] والخدم لهنّ من الحرائر.

(**مسألة ٢٩**): يجوز لكلّ من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخر حتّى العورة؛ مع التلذّذ وبدونه، بل يجوز لكلّ منهما مسّ الآخر بكلّ عضو منه كلّ عضو من الآخر مع

١. هذا الاحتمال ضعيف جدّاً، إذ الظاهر أنّ المراد من ﴿**نِسائِهِنَّ**﴾ الحرائر بقرينة قوله تعالى: ﴿**أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُنَّ**﴾. (**خوئي**).
٢. أو مطلق النساء أو الأرحام مثل العمّة والخالة. (**لنكراني**).

التلذّذ وبدونه.

(**مسألة ٣٠**): الخنثى مع الأُنثى[١] كالذكر، ومع الذكر كالأُنثى[٢].

(**مسألة ٣١**): لا يجوز النظر إلى الأجنبيّة ولا للمرأة النظر إلى الأجنبي من غير ضرورة. واستثنى جماعة الوجه والكفّين، فقالوا بالجواز فيهما[٣] مع عدم الريبة والتلذّذ، وقيل بالجواز فيهما مرّة ولا يجوز تكرار النظر، والأحوط المنع[٤] مطلقاً[٥].

(**مسألة ٣٢**): يجوز النظر إلى المحارم التي يحرم عليه نكاحهنّ نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة، ما عدا العورة[٦] مع عدم تلذّذ وريبة، وكذا نظرهنّ إليه.

(**مسألة ٣٣**): المملوكة كالزوجة[٧] بالنسبة إلى السيّد، إذا لم تكن[٨] مشركة[٩] أو وثنيّة أو

---

١. أي في معاملتها مع الأُنثى والذكر، لا معاملتهما معها، وإن كان الأحوط لهما ذلك. (**خميني**).

٢. وهما معها كمماثلهما. (**لنكراني**).

٣. الضمير راجع إلى الوجه والكفين دون الرجل والمرأة، وإن كان القائل بالجواز مطلقاً أو في الجملة لم يفرق بينهما، وظاهر العبارة أيضاً يعطي ذلك، إلّا أنّه على تقدير ثبوت الاستثناء في المرأة كما هو غير بعيد لا ملازمة بينها وبين الرجل، والإجماع غير ثابت. (**لنكراني**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٠٥، أبواب مقدّمات النكاح، الباب ١١٢، الحديث ١.

٤. بل الأقوى الجواز فيهما وفي القدمين. (**صانعي**).

٥. وإن كان الجواز لا يخلو من قرب. (**خميني**).

ـ وإن كان الأظهر جواز نظر المرأة إلى وجه الرجل ويديه بل رأسه ورقبته وقدميه من غير تلذّذ وريبة، بل حرمة نظرها إلى سائر بدنه غير العورتين من دون تلذّذ وريبة لا يخلو عن إشكال، والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٦. وفي حكم العورة ما بين السرّة والركبة منهنّ على الأحوط. (**خوئي**).

٧. الظاهر أنّ المراد هو التشبيه في جواز النظر لا في جواز الوطء، وعليه فاستثناء المذكورات محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

مزوّجة أو مكاتبة أو مرتدّة[١٠].

(**مسألة ٣٤**): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدّة بوطء الشبهة وإن حرم وطؤها وكذا الأمة كذلك، وكذا إلى المطلّقة الرجعيّة ما دامت في العدّة ولو لم يكن بقصد الرجوع.

(**مسألة ٣٥**): يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبيّة مواضع:

منها: مقام المعالجة وما يتوقّف عليه، من معرفة[١١] نبض العروق[١٢] والكسر والجرح والفصد والحجامة ونحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل[١٣]، بل يجوز المسّ واللمس حينئذٍ.

و**منها**: مقام الضرورة[١٤]، كما إذا توقّف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه أو على المسّ.

و**منها**: معارضة كلّ ما هو أهمّ في نظر الشارع مراعاته من مراعاة حرمة النظر أو اللمس.

و**منها**: مقام الشهادة؛ تحمّلاً أو أداء، مع دعاء الضرورة وليس منها ما عن العلّامة من جواز النظر إلى الزانيين لتحمّل الشهادة، فالأقوى عدم الجواز، وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة، أو الثدي للشهادة على الرضاع وإن لم

---

٨. هذا الاستثناء يحتاج إلى التأمّل والمراجعة. (**خميني**).

٩. لم يظهر وجه الاشتراط بعدم كونها مشركة أو وثنية أو مرتدّة، وكان اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عدّة أيضاً. (**خوئي**).

١٠. الاشتراط لا وجه له، وما ذكر وجهاً له من التلازم بين جواز النظر إلى الأمة وجواز نكاحها وبين حرمة النظر والتزويج بهنّ غير تمام لا مبناءً ولا بناءً. (**صانعي**).

١١. إذا اضطرّ إليه ولم يمكن المعرفة من طريق آخر. (**لنكراني**).

١٢. مع عدم الإمكان بمثل الآلات الحديثة. (**خميني ـ صانعي**).

١٣. أو كان غير المماثل أرفق. (**صانعي**).

١٤. بل ومقام الحاجة أيضاً، كما في المسالك[أ]، مدّعياً عليه الإجماع وهو غير بعيد فيما كانت الحاجة مثل المعالجة والنكاح وشراء الأمة من الموارد المنصوصة وغيرها. (**صانعي**).

يمكن إثباتها بالنساء وإن استجوده الشهيد[١] الثاني.

ومنها: القواعد من النساء اللّاتي لا يرجون نكاحاً بالنسبة إلى ما هو المعتاد له من كشف بعض الشعر والذراع ونحو ذلك، لا مثل الثدي والبطن ونحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له.

ومنها: غير المميّز من الصبيّ والصبيّة، فإنّه يجوز النظر إليهما بل اللمس، ولا يجب التستّر منهما، بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا مبلغاً يترتّب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة.

(**مسألة ٣٦**): لا بأس بتقبيل الرجل الصبيّة التي ليست له بمحرم ووضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ستّ سنين، إذا لم يكن عن شهوة.

(**مسألة ٣٧**): لا يجوز للمملوك النظر إلى مالكته، ولا للخصيّ النظر إلى مالكته أو غيرها، كما لا يجوز للعنّين والمجبوب بلا إشكال، بل ولا لكبير السنّ الذي هو شبه القواعد من النساء على الأحوط.

(**مسألة ٣٨**): الأعمى كالبصير في حرمة[٢] نظر المرأة إليه.

(**مسألة ٣٩**): لا بأس بسماع صوت الأجنبيّة ما لم يكن تلذّذ ولا ريبة، من غير فرق بين الأعمى والبصير وإن كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة، ويحرم عليها إسماع

---

١. وهو جيد، ففي المسالك: «لدعاء الضرورة إليه، وكونه من مهام الدين وأتمّ الحاجات خصوصاً أمر الثدي. ويكفي في دعا الضرورة إلى الرجال المشقة في تحصيل اهل العدالة من النساء على وجه يثبت به الفعل»[ب]. (**صانعي**).

(أ) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(ب) مسالك الأفهام ٧: ٥١.

٢. تقدّم الكلام فيه. (**خوئي**).

الصوت الذي فيه تهييج للسامع بتحسينه وترقيقه قال تعالى[١]: ﴿ فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ ﴾[أ].

(**مسألة ٤٠**): لا يجوز مصافحة الأجنبيّة. نعم لا بأس[٢] بها من وراء الثوب[٣]، كما لا بأس بلمس المحارم.

(**مسألة ٤١**): يكره[٤] للرجل ابتداء النساء بالسلام، ودعائهنّ إلى الطعام، وتتأكّد الكراهة في الشابّة.

(**مسألة ٤٢**): يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه، إلّا بعد برده.

(**مسألة ٤٣**): لا يدخل الولد[٥] على أبيه إذا كانت عنده زوجته، إلّا بعد الاستئذان، ولا بأس[٦] بدخول الوالد على ابنه[٧] بغير إذنه.

(**مسألة ٤٤**): يفرّق بين الأطفال في المضاجع[٨] إذا بلغوا عشر سنين، وفي رواية: إذا

---

١. في شمول الآية لغير نساء النبي إشكال، ولكن لا يترك الاحتياط في ذلك. (**لنكراني**).

٢. مع عدم الريبة والتلذّذ، وكذا فيما بعده ولا يغمض كفّ الأجنبية لدى المصافحة. (**خميني ـ صانعي**).

٣. إذا لم يكن تلذّذ وريبة كما هو الحال في لمس المحارم، وينبغي في مصافحة الأجنبيّة من وراء الثوب أن لا يغمز كفّيها. (**لنكراني**).

٤. الحكم بالكراهة مشكل، لكونه مستنداً إلى الأخبار التي تكون في الإرشاد والنصيحة أظهر من المولوية. (**صانعي**).

(أ) الأحزاب (٣٣): ٣٢.

٥. على الأحوط. (**خميني**).

٦. في إطلاقه تأمّل. (**خميني**).

ـ إذا أمن من أن يكون فيما لا يجب التطلّع عليه وكذلك الأمر في الفرع السابق. (**صانعي**).

٧. في إطلاقه وإطلاق ما قبله إشكال بل منع. (**خوئي**).

٨. يختصّ ذلك بما إذا كانا عاريين. (**خوئي**).

بلغوا ستّ سنين.

(**مسألة ٤٥**): لا يجوز النظر[١] إلى العضو المبان[٢] من الأجنبي مثل اليد والأنف واللسان ونحوها، لا مثل السنّ والظفر والشعر[٣] ونحوها.

(**مسألة ٤٦**): يجوز وصل شعر الغير بشعرها، ويجوز لزوجها النظر إليه على كراهة[٤]، بل الأحوط[٥] الترك[٦].

(**مسألة ٤٧**): لا تلازم بين جواز النظر وجواز المسّ، فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفّين من الأجنبيّة لا يجوز مسّها إلّا من وراء الثوب[٧].

(**مسألة ٤٨**): إذا توقّف العلاج على النظر دون اللمس، أو اللمس دون النظر، يجب الاقتصار على ما اضطرّ إليه، فلا يجوز الآخر بجوازه.

(**مسألة ٤٩**): يكره اختلاط النساء[٨] بالرجال إلّا للعجائز، ولهنّ حضور الجمعة والجماعات.

---

١. على الأحوط. (**خوئي**).

٢. بل يجوز لظهور الأدلّة في الحرمة حال الاتصال لا حال الانفصال ولعدم الدليل على الحرمة إلّا الاستصحاب غير الجاري للاختلاف في الموضوع كما هو الظاهر، وإلغاء الخصوصية من حال الاتّصال إلى الانفصال ممنوع، لاحتمال الخصوصية في الاتصال، بما أنّه معرض للفتنة أو التلذّذ وتهييج الشهوة. نعم بالنسبة إلى مثل الذكر ممّا يكون النظر إليه ولو مع عدم معرفة الصاحب مستقبحاً عقلاً وعقلاءً فالحرمة والبأس فيه لا يخلو عن قوّة. (**صانعي**).

٣. الأحوط ترك النظر إليه. (**خميني**).

ـ والأحوط ترك النظر إليه. (**لنكراني**).

٤. الكراهة غير ثابتة. (**صانعي**).

٥. لا يترك. (**لنكراني**).

٦. لا يترك. (**خميني**).

٧. من دون تلذّذ وريبة. (**صانعي**).

ـ يعني من دون تلذّذ وريبة. (**لنكراني**).

٨. فيما لم يكن موجباً للمفسدة وإلّا فغير جائز. (**صانعي**).

(**مسألة ٥٠**): إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة، وجب الاجتناب عن الجميع وكذا بالنسبة إلى من يجب التستّر عنه ومن لا يجب، وإن كانت الشبهة غير محصورة[١] أو بدويّة، فإن شكّ في كونه مماثلاً أو لا، أو شكّ في كونه من المحارم النسبيّة أو لا، فالظاهر وجوب الاجتناب[٢]؛ لأنّ الظاهر[٣] من آية وجوب الغضّ أنّ جواز النظر مشروط بأمر وجودي؛ وهو كونه مماثلاً أو من المحارم، فمع الشكّ يعمل بمقتضى العموم لا من باب التمسّك بالعموم

---

١. لا يجب الاجتناب في الشبهة الغير المحصورة بأن تكون مرأة أجنبية ـ مثلاً ـ مختلطة بغير محصورة من النساء من غيرها، ولو كانت محرّمة نسبيّة مختلطة بأجنبيات غير محصورات لا يجب الاجتناب عن نكاح بعضهنّ بما لا يوجب الخروج عن عدم الحصر، وأمّا الشبهة البدوية بين المماثل وغيره وبين المحرّمة النسبيّة وغيرها فالأحوط الاجتناب، بل الأقوى في بعض الصور، لكن لا لما في المتن، فإنّه ضعيف، وأمّا الشبهة البدويّة فيما كانت مجرى الأصل كالشكّ في كونها أُختاً رضاعيّة أو أجنبية، فلا يجوز النظر إليها ويجوز نكاحها. (**خميني**).

ـ إن كان المراد بالشبهة غير المحصورة أن تكون المرأة الأجنبية مختلطة بغيرها من النساء غير المحصورات، فالحكم فيها هو عدم وجوب الاجتناب كما في سائر موارد الشبهة غير المحصورة، وإن كان المراد بها العكس، فالحكم فيه وإن كان وجوب الاجتناب إلّا أنّ العلّة فيه هو العلم الإجمالي المنجّز لا ما استظهره من الآية الشريفة. (**لنكراني**).

٢. بل الظاهر عدمه في نظر الرجل والمرأة إلى من يشكّ في مماثلته. (**خوئي**).

ـ بل الظاهر عدم وجوب الاجتناب عن النظر في غير المحصورة والبدوية مطلقاً. (**صانعي**).

٣. في ظهور الآية في اشتراط جواز النظر بأمر وجوديّ تأمّل لو لم نقل بظهورها في الغضّ عن خصوص المخالف، وعلى تقدير العموم فعدم كون التخصيص في المقام موجباً للتنويع ممنوع جدّاً، والرجوع إلى العام ليس من باب التمسّك به في الشبهة المصداقية، بل لأجل جريان الأصل الموضوعي النافي لعنوان المخصّص بناءً على جريان الأصل في الأعدام الأزلية، وعلى تقدير عدم الجواز لا محيص عن الرجوع إلى البراءة؛ لعدم ثبوت قاعدة المقتضي والمانع أوّلاً، وعدم ثبوت كون النظر مقتضياً للحرمة ثانياً. (**لنكراني**).

في الشبهة المصداقيّة، بل لاستفادة شرطيّة الجواز بالمماثلة أو المحرميّة أو نحو ذلك، فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع[١] حتّى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل المقتضي والمانع، وإذا شكّ في كونه زوجة أو لا، فيجري مضافاً إلى ما ذكر من رجوعه إلى الشكّ في الشرط أصالة عدم حدوث الزوجيّة، وكذا لو شكّ في المحرميّة من باب الرضاع. نعم لو شكّ في كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً، فالظاهر عدم وجوب الاحتياط[٢]؛ لانصراف عموم وجوب الغضّ إلى خصوص الإنسان، وإن كان الشكّ في كونه بالغاً أو صبيّاً أو طفلاً مميّزاً أو غير مميّز، ففي وجوب الاحتياط وجهان[٣]، من العموم على الوجه الذي ذكرنا، ومن إمكان دعوى الانصراف، والأظهر الأوّل[٤].

(**مسألة ٥١**): يجب على النساء التستّر، كما يحرم على الرجال النظر، ولا يجب على الرجال[٥] التستّر، وإن كان يحرم على النساء النظر[٦]. نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء[٧]، ويجب عليهم التستّر[٨] مع العلم بتعمّد النساء في النظر من باب حرمة

---

١. التخصيص يوجب التنويع لا محالة، إلّا أنّ المخصّص في المقام بما أنّه أمر وجودي فعند الشكّ يحرز عدمه بالأصل، بناءً على ما حقّقناه من جريانه في الأعدام الأزلية. (**خوئي**).

٢. بل الظاهر وجوب التستّر على المرأة في غير الوجه والكفّين في هذه الصورة. (**خوئي**).

٣. أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (**خوئي**).

٤. الأقوى جواز النظر. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بل الثاني لا للانصراف بل للاستصحاب. (**لنكراني**).

٥. بل يجب التستّر على الأحوط فيما كان التستّر على المرأة واجباً. نعم لا يجب عليها ستر الرأس كما يظهر ممّا ورد في الإحرام من أنّ إحرام الرجل في رأسه كما أنّ إحرام المرأة في وجهها، وقد حقّقنا البحث عن ذلك في تعليقتنا على تحرير الوسيلة لسيّدنا الأُستاذ سلام الله عليه. (**صانعي**).

٦. مرّ الكلام فيه. (**خوئي**).

٧. العبارة لا تخلو من مسامحة. (**لنكراني**).

الإعانة[٩] على الإثم.

(**مسألة ٥٢**): هل المحرّم من النظر ما يكون على وجه يتمكّن من التميّز بين الرجل والمرأة وأنّه العضو الفلاني أو غيره، أو مطلقه، فلو رأى الأجنبيّة من بعيد بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً هل هو حرام أو لا؟ وجهان، الأحوط[١٠] الحرمة.

---

٨. على الأحوط. (**خوئي**).

ـ أي بالنسبة إلى غير العورة، وأمّا العورة فالوجوب بالإضافة إليها لا يكون مشروطاً بهذا الشرط المركّب من أُمور ثلاثة، بل مشروط بكونها في معرض النظر. (**لنكراني**).

٩. صدق الإعانة على الإثم ممنوع، فلا يجب عليهم التستّر حتّى مع العلم بتعمّدها. (**خميني**).

ـ في تحقّق الإعانة في مثل المقام إشكال، بل منع. (**لنكراني**).

١٠. الأقوى عدم الحرمة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ والظاهر هو الجواز. (**لنكراني**).

فصل

فيما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجة

وفيه مسائل:

(**مسألة ١**): الأقوى وفاقاً للمشهور جواز وطء الزوجة والمملوكة دبراً على كراهة شديدة، بل الأحوط[١] تركه[٢]، خصوصاً مع عدم رضاها بذلك.

(**مسألة ٢**): قد مرّ في باب الحيض الإشكال[٣] في وطء الحائض دبراً وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

(**مسألة ٣**): ذكر بعض الفقهاء ممّن قال بالجواز: أنّه يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً، وهو مشكل[٤]؛ لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كلّ ما هو جائز من أنواع الاستمتاعات حتّى يكون تركه نشوزاً.

(**مسألة ٤**): الوطء في دبر المرأة كالوطء في قبلها في وجوب الغسل[٥]، والعدّة، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حدّ الزنا إذا كانت أجنبيّة، وثبوت مهر المثل إذا

---

١. بل الأقوى الحرمة مع عدم رضاها. (**صانعي**).

٢. لا يترك. (**خوئي**).

٣. قد مرّ أنّ الأحوط إن لم يكن أقوى الترك حتّى في صورة الجواز في غير ذلك الحال. (**صانعي**).

٤. بل ممنوع بما مرّ من عدم الجواز مع عدم رضى الزوجة. (**صانعي**).

٥. على الأحوط بل عدم إيجاب الأربعة لا يخلو من وجه وجيه، وهو انصراف أدلّتها إلى الوطئ في القبل، كما ادّعاه صاحب الحدائق. (**صانعي**).

وطئها شبهة، وكون المناط فيه دخول الحشفة أو مقدارها[١]، وفي حرمة البنت والأُمّ[٢] وغير ذلك من أحكام المصاهرة المعلّقة على الدخول. نعم في كفايته في حصول تحليل المطلّقة ثلاثاً إشكال[٣]، كما أنّ في كفاية الوطء في القبل فيه بدون الإنزال أيضاً كذلك[٤]؛ لما ورد في الأخبار من اعتبار ذوق عسيلته وعسيلتها فيه، وكذا في كفايته[٥] في الوطء الواجب في أربعة أشهر، وكذا في كفايته في حصول الفئة والرجوع في الإيلاء أيضاً.

(**مسألة ٥**): إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمان أو مكان يتحقّق الحنث بوطئها دبراً[٦]،

---

١. كفاية المسمّى في مقطوع الحشفة لا يخلو من قوّة كما مرّ. (**خميني ـ صانعي**).

٢. حرمتها غير متوقّفة على الدخول. (**خميني**).

ـ حرمتها غير متوقّفة على الدخول بالنسبة إلى الأم كما أنّها غير ثابتة بالنسبة إلى البنت لما مرّ من الانصراف. (**صانعي**).

ـ المراد من الأُمّ هي أُمّ الموطوءة بالزنا بقرينة ما بعده، ولأنّ حرمة أُمّ المعقودة ليست من الأحكام المعلّقة على الدخول. (**لنكراني**).

٣. الأقوى عدمها فيه، والأحوط عدم الكفاية في القبل بدون الإنزال، ولا يبعد عدم الكفاية في الوطئ في الدبر في الفرعين المتأخرين أيضاً، والظاهر كفاية الوطئ في القبل بلا إنزال في الأربعة أشهر وحصول الفئة في الإيلاء. (**خميني**).

ـ الأقوى عدمها فيه، والأحوط عدم الكفاية في القبل بدون الإنزال، ولا يبعد عدم الكفاية في الوطئ في الدبر في الفرعين المتأخّرين أيضاً، والظاهر كفاية الوطئ في القبل بلا إنزال في الأربعة أشهر وحصول الفئة في الإيلاء مع رضايتها. (**صانعي**).

٤. بل الظاهر كفايته، وأمّا الأخبار فلم يرد في الصحيح منها ذوق عسيلته، وإنّما الوارد: «ذوق عسيلتها»، والمراد به إدراك اللذة جزماً، وهو يتحقّق بدون الإنزال. (**خوئي**).

ـ أي إشكال، والأحوط العدم وإن كان في تعليله نظر. (**لنكراني**).

٥. الظاهر رجوع الضمير إلى الوطء في الدبر، وأمّا لو أُريد به الوطء في القبل بلا إنزال فلا يبعد الكفاية في هذا الفرع، وكذا في الفرع الذي بعده، بل هو الأقرب. (**لنكراني**).

٦. بل لا يتحقّق الحنث إلّا مع القرينة على العمومية أو قصده العمومية. (**صانعي**).

إلّا أن يكون هناك انصراف[١] إلى الوطء في القبل من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة.

(**مسألة ٦**): يجوز العزل بمعنى إخراج الآلة عند الإنزال، وإفراغ المنيّ خارج الفرج في الأمة وإن كانت منكوحة بعقد الدوام والحرّة المتمتّع بها ومع إذنها وإن كانت دائمة، ومع اشتراط ذلك عليها في العقد، وفي الدبر، وفي حال الاضطرار، من ضرر أو نحوه، وفي جوازه في الحرّة المنكوحة بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان، الأقوى ما هو المشهور من الجواز مع الكراهة، بل يمكن أن يقال بعدمها أو أخفيّتها في العجوزة والعقيمة والسليطة والبذيّة والتي لا ترضع ولدها، والأقوى عدم وجوب دية النطفة عليه وإن قلنا بالحرمة، وقيل بوجوبها[٢] عليه للزوجة وهي عشرة دنانير؛ للخبر الوارد فيمن أفزع رجلاً عن عرسه فعزل عنها الماء، من وجوب نصف خمس المائة عشرة دنانير عليه، لكنّه في غير ما نحن فيه ولا وجه للقياس عليه، مع أنّه مع الفارق، وأمّا عزل المرأة، بمعنى منعها من الإنزال في فرجها، فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج، فإنّه مناف للتمكين الواجب عليها، بل يمكن وجوب دية النطفة عليها.

هذا، ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب وغيره حتّى فيما يجب في كلّ أربعة أشهر.

(**مسألة ٧**): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر[٣]، من غير فرق بين الدائمة

---

١. الانصراف لا يتوقّف على الغرض، بل هو من شؤون اللفظ، وتحقّقه مانع عن حصول الحنث إذا كان الحالف عالماً به. (**لنكراني**).

٢. وإن لم يقل بالحرمة. (**لنكراني**).

٣. بل قبلها أيضاً فيما كان الترك موجباً لحرج الزوجة، بل فيما كان منكراً عرفاً، ومخالفاً للمعاشرة بالمعروف المأمور بها في كتاب الله ﴿وَعاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(أ)، وما في صحيحة صفوان عن أبي الحسن الرضا عليه السلام أنّه سأله عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك آثماً؟ قال: «إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك»(ب) من الدلالة على كون الحرمة وعدم الجواز مختصّ بالأربعة أشهر وما زاد عليها، فمختصّ بموردها وهو ما كان الترك للمصيبة من دون قصد الإضرار، وبما ذكرنا يظهر حكم فروع المسألة. (**صانعي**).

(أ) النساء (٤): ١٩.

(ب) وسائل الشيعة ٢٠: ١٤٠، أبواب مقدمات النكاح، الباب ٧١، الحديث ١.

والمتمتّع بها[١] ولا الشابّة ولا الشائبة على الأظهر[٢] والأمة والحرّة؛ لإطلاق الخبر، كما أنّ مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والمسافر[٣] في غير السفر الواجب[٤]، وفي كفاية الوطء في الدبر إشكال[٥] كما مرّ[٦]، وكذا في الإدخال بدون الإنزال[٧]؛ لانصراف الخبر[٨] إلى الوطء المتعارف وهو مع الإنزال، والظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها ذلك، ويجوز تركه مع رضاها أو اشتراط ذلك حين العقد عليها، ومع عدم التمكّن منه لعدم انتشار العضو، ومع خوف الضرر عليه أو عليها ومع غيبتها باختيارها ومع نشوزها، ولا يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدّمات من الاستمتاعات، ولا يجري الحكم في المملوكة الغير المزوّجة، فيجوز ترك وطئها[٩] مطلقاً.

(**مسألة ٨**): إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة

---

١. الحكم مختصّ بالدائمة فلا يكون شاملاً للمتمتّع بها لأنهنّ مستأجرات، ولعدم جريان أحكام الزوجية من النفقة وغيرها عليهن، بل الظاهر من أمره تعالى بمعاشرتهنّ بالمعروف اختصاصه ظهوراً أو انصرافاً بالدائمة لا الأعمّ منها ومن المنقطعة كما لا يخفى. فعدم الجواز مختصّ بالدائمة وإن كان رعاية الاحتياط فيها مطلوب ومحبوب. (**صانعي**).

٢. بل على الأحوط الأولى. (**خوئي**).

٣. على الأحوط في المسافر. (**خوئي**).

٤. أو الضروري ولو عرفاً، كسفر التجارة وتحصيل العلم، دون ما كان لمجرّد الميل والتفريح والتفرّج على الأحوط. (**خميني**).

٥. إلّا مع رضاها بذلك. (**صانعي**).

٦. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

٧. مرّ عدم اعتباره. (**خميني ـ صانعي**).

ـ قد مرّ منه في المسألة السابقة الحكم بجواز العزل في الوطء الواجب في كلّ أربعة أشهر، وهو لايجتمع مع الإشكال هنا، والظاهر ما هناك. (**لنكراني**).

٨. لا وجه للانصراف، وقد مرّ منه ما ينافي ذلك في المسألة السابقة. (**خوئي**).

٩. الأحوط عدم الترك، خصوصاً إذا كانت شابّة. (**لنكراني**).

أشهر، بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها، فالأحوط المبادرة[١] إلى مواقعتها قبل تمام الأربعة أو طلاقها وتخلية سبيلها.

(**مسألة ٩**): إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة الأشهر[٢] لمانع، من حيض أو نحوه، أو عصياناً، لا يجب عليه القضاء[٣]. نعم الأحوط إرضاؤها[٤] بوجه من الوجوه؛ لأنّ الظاهر[٥] أنّ ذلك حقّ لها عليه وقد فوّته عليها ثمّ اللازم عدم التأخير من وطء إلى وطء أزيد من الأربعة فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنّما هو الوطء المتقدّم لا حين انقضاء الأربعة المتقدّمة.

---

١. بل الأقوى فيما إذا كان ترك المبادرة منكراً وخلافاً للمعروف بل قبلها إذا كان الإتيان واجباً من باب المعاشرة بالمعروف. (**صانعي**).

٢. بل قبلها إذا كان الإتيان واجباً من باب المعاشرة بالمعروف. (**صانعي**).

٣. أي تدارك ما فات بحيث لو ترك الثمانية لوجب عليه المرّتان، لكن يجب عليه بعد مضيّ الأربعة وطؤها فوراً ففوراً، ولا يسقط بتركه في رأس الأربعة. (**خميني**).

ـ وإن كان يجب عليه الوطء في أوّل أزمنة الإمكان. (**خوئي**).

ـ أي بعد مضيّ أربعة أُخرى بحيث تجب عليه مرّتان، ولكن الوجوب لا يسقط بالعصيان أو عروض المانع؛ لأنّه لا يكون موقّتاً، بل عند انقضاء الأربعة يجب عليه الوطء فوراً ففوراً. (**لنكراني**).

٤. لم يقم دليل على أنّ مطلق تفويت الحقّ مستلزم لوجوب إرضاء ذيه، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه. (**لنكراني**).

٥. محلّ إشكال. (**خميني**).

فصل

[في وطء الزوجة الصغيرة]

(**مسألة ١**): لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين[١]، حرّة كانت أو أمة، دواماً كان النكاح أو متعة، بل لا يجوز[٢] وطء المملوكة والمحلّلة كذلك، وأمّا الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضمّ والتفخيذ فجائز في الجميع[٣] ولو في الرضيعة.

(**مسألة ٢**): إذا تزوّج صغيرة دواماً أو متعة ودخل بها قبل إكمال تسع سنين[٤] فأفضاها، حرمت عليه أبداً على المشهور[٥]، وهو الأحوط وإن لم تخرج عن زوجيّته، وقيل بخروجها عن الزوجيّة أيضاً، بل الأحوط حرمتها عليه بمجرّد الدخول وإن لم يفضها، ولكن الأقوى بقاؤها على الزوجيّة وإن كانت مفضاة وعدم حرمتها[٦] عليه

---

١. بل قبل البلوغ وقابليتها للوطئ بحيث لا تعيب بمثل الإفضاء، فإنّ الظاهر كما مرّ، كون التسع أمارة على القابلية من دون خصوصية فيها، كما يظهر من مراجعة أخبار الباب. (**صانعي**).

٢. على الأحوط. (**لنكراني**).

٣. بل حرام في الجميع، لاسيّما في الرضيعة، على ما حقّقناه في تعليقتنا على تحرير الوسيلة لسيّدنا الأستاذ الإمام سلام الله عليه. (**صانعي**).

٤. بل قبل البلوغ والقابلية لما مرّ. (**صانعي**).

٥. الأقوى عدم ترتّب غير الإثم مع عدم الإفضاء، ومع الإفضاء حرمة وطئها أبداً مطلقاً مع بقاء زوجيّتها وترتّب جميع آثارها عليها، ويجب عليه نفقتها وإن طلّقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق على الأحوط، بل لا يخلو من قوّة. (**خميني**).

٦. الظاهر هي الحرمة في صورة الإفضاء. (**لنكراني**).

أيضاً، خصوصاً إذا كان جاهلاً بالموضوع أو الحكم، أو كان صغيراً أو مجنوناً، أو كان بعد اندمال جرحها أو طلّقها ثمّ عقد عليها جديداً. نعم يجب عليه دية الإفضاء[١]، وهي دية النفس، ففي الحرّة نصف دية الرجل[٢]، وفي الأمة أقلّ الأمرين من قيمتها وديّة الحرّة، وظاهر المشهور ثبوت الديّة مطلقاً وإن أمسكها ولم يطلّقها، إلّا أنّ مقتضى حسنة[٣] حمران وخبر بريد المثبتين لها: عدم وجوبها عليه إذا لم يطلّقها[٤]، والأحوط ما ذكره المشهور، ويجب عليه أيضاً نفقتها ما دامت حيّة وإن طلّقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق على الأحوط.

(**مسألة ٣**): لا فرق في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر، والإفضاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مسلكي البول والحيض، أو مسلكي الحيض والغائط[٥]، أو اتّحاد الجميع وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأوّل[٦].

(**مسألة ٤**): لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبديّة على القول بها ووجوب النفقة

---

١. مطلقاً على الأقوى فيما صارت المرأة بالإفضاء ممن لم تلد أبداً، وعلى الأحوط في غير ذلك مطلقاً أيضاً، وإن كان سقوط الدية فيه مع إمساكها الزوج وعدم طلاقها إلى أن تموت لا يخلو من وجه وجيه. (**صانعي**).

٢. بل لها دية الرجل كاملاً فإنّ دية المرأة مساوية مع دية الرجل، خلافاً للمشهور، بل لنفي الخلاف، قضاءً لإطلاق الدية وعدم الدليل على تقييدها، والإجماع على تحقّقه بما أنّه في مسألة اجتهادية ومصبّ للأخبار غير كاشفة وغير حجّة. (**صانعي**).

٣. وقد أوجب في الجواهر حملهما على سقوط الدية صلحاً في مقابل الإمساك، ولكنّه بعيد جدّاً. (**لنكراني**).

٤. هذا هو الصحيح. (**خوئي**).

٥. على الأحوط في هذه الصورة. (**خميني ـ صانعي**).

٦. في مقابل الثاني لا الثالث. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بمعنى عدم اعتبار اتحاد غير المسلكين، وإلّا فهو أي الأوّل متحقّق في ضمن الثالث ومشمول له فيعمّه الحكم، والإشكال إنّما هو في الثاني، والأحوط فيه أيضاً جريان الحكم. (**لنكراني**).

المملوكة والمحلّلة والموطوءة بشبهة أو زنا ولا الزوجة الكبيرة. نعم تثبت الدية في الجميع عدا الزوجة[١] الكبيرة إذا أفضاها بالدخول بها حتّى في الزنا وإن كانت عالمة مطاوعة[٢] وكانت كبيرة[٣]، وكذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع ونحوه، فلا تحرم عليه مؤبّداً. نعم تثبت فيه الديّة.

(**مسألة ٥**): إذا دخل بزوجته بعد إكمال التسع[٤] فأفضاها لم تحرم عليه ولا تثبت الدية كما مرّ، ولكن الأحوط[٥] الإنفاق عليها ما دامت حيّة.

(**مسألة ٦**): إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً، ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال، وإن كان الوجه الثاني لا يخلو عن قوّة[٦].

(**مسألة ٧**): إذا حصل بالدخول قبل التسع[٧] عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشه، وكذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية، ضمنه مع دية الإفضاء.

(**مسألة ٨**): إذا شكّ في إكمالها تسع سنين[٨] لا يجوز له وطؤها؛ لاستصحاب[٩] الحرمة[١٠]

---

١. وعدا المملوكة إذا أفضاها مالكها. (**خميني ـ صانعي**).

ـ وعدا المملوكة، إذ لا معنى لوجوب الدية على المالك. (**خوئي**).

ـ وعدا المملوكة، فإنّه لا وجه لثبوت الدية لها على مالكها. (**لنكراني**).

٢. في ثبوت الدية في الكبيرة المطاوعة خصوصاً مع كونها عالمة نظر وإشكال. (**لنكراني**).

٣. ثبوتها للكبيرة المطاوعة محلّ إشكال. (**خميني**).

ـ ثبوتها للكبيرة المطاوعة إذا كانت المطاوعة ابتداءً واستدامة محلّ إشكال، بل منع، والظاهر ثبوت الدية لتقصير الرجل بالاستدامة الموجبة للافضاء. (**صانعي**).

٤. بعد البلوغ كما مرّ. (**صانعي**).

٥. وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (**خميني**).

٦. محلّ تأمّل. (**خميني**).

ـ محلّ تأمّل، وإن كان ضمان الولي في غير المميز والمجنون لا يخلو عن وجه وجيه. (**صانعي**).

٧. قبل البلوغ كما مرّ. (**صانعي**).

٨. بما أنّه شك في البلوغ والقابلية كما مرّ. (**صانعي**).

السابقة، فإن وطئها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضاً كونها حال الوطء بالغة أو لا، لم تحرم أبداً ولو على القول بها؛ لعدم إحراز كونه قبل التسع والأصل لا يثبت ذلك. نعم يجب عليه الدية والنفقة عليها ما دامت حيّة.

(**مسألة ٩**): يجري عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة، من حرمة الخامسة، وحرمة الأُخت، واعتبار الإذن في نكاح بنت الأخ والأُخت، وسائر الأحكام ولو على القول بالحرمة الأبدية[١١]، بل يلحق به الولد وإن قلنا بالحرمة؛ لأنّه على القول[١٢] بها يكون كالحرمة حال الحيض.

(**مسألة ١٠**): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حيّة بالنشوز إشكال[١٣]؛ لاحتمال كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة، ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير، وكذا في تقدّمها على نفقة الأقارب، وظاهر المشهور أنّها كما تسقط بموت الزوجة

---

٩. بل لاستصحاب أنّها لم تبلغ، بنحو السلب الرابط، ويترتّب عليه جميع الأحكام، وأمّا استصحاب عدم بلوغها بنحو السلب المحمولي فمثبت، وكذا في نظائر المقام ممّا يترتّب الحكم على الكون الرابط أو السلب الرابط، والتفصيل موكول إلى محلّه. (**خميني ـ صانعي**).

١٠. بل لاستصحاب عدم البلوغ وكون المرأة في أقلّ من تسع سنين، ويترتّب عليه جميع الآثار. (**خوئي**).

ـ بل لاستصحاب أنّها لم تبلغ تسعاً، ويترتّب عليه جميع الأحكام حتّى الحرمة المؤبّدة في الوطء مع الإفضاء، ودعوى أنّ الشك في البلوغ هو بعينه شك في تاريخ الولادة، وأنّها تولّدت قبل التسعة أو قبل الثمانية مثلاً، مدفوعة بأنّ موضوع الحكم في النصوص بل الفتاوى هي المرأة التي لم تبلغ تسعاً، وهو بعينه مجرى الاستصحاب. (**لنكراني**).

١١. أي حرمة الوطء أبداً لا الحرمة الأبدية الملازمة للافتراق على حدّ سائر المحرّمات. (**لنكراني**).

١٢. أي على القول بحرمة وطئها أبداً. (**خميني**).

١٣. الأقرب عدم السقوط. (**خميني ـ صانعي**).

ـ والأقرب العدم. (**لنكراني**).

تسقط بموت الزوج أيضاً، لكن يحتمل بعيداً عدم[1] سقوطها بموته، والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكّنه وتصير ديناً عليه ويحتمل بعيداً سقوطها، وكذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكّنه، إذ كونها حكماً تكليفياً صرفاً بعيد. هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق، وإلّا فما دامت في حبالته الظاهر أنّ حكمها حكم الزوجة.

---

١. هذا الاحتمال ضعيف. (خميني).

فصل

[في ما يجوز من عدد الزوجات]

لا يجوز[1] في العقد الدائم[2] الزيادة على الأربع، حرّاً كان أو عبداً، والزوجة حرّة أو أمة، وأمّا في الملك والتحليل فيجوز ولو إلى ألف، وكذا في العقد الانقطاعي[3]، ولا يجوز

---

١. وضعاً لا تكليفاً. (**لنكراني**).

٢. قد أغمضنا عن بعض مسائل هذا الفصل ممّا يتعلق بالعبيد والإماء لعدم الابتلاء بهما. (**صانعي**).

٣. مع تحقّق ما يعتبر في صحّة المنقطع من الضرورة والشرائط الخاصّة من المكان والزمان فيه وإن كان ذلك بعيداً إن لم يكن محالاً عاديّاً، ثم لا يخفى إنّ المحكي عن أبي حمزة كون المنقطعة أحد الأربع، وفي المسالك[أ] الميل إلى ذلك مناقشاً في أسانيد بعض روايات الجواز حاكياً عن المختلف أنّه اقتصر في الحكم على مجرّد الشهرة ولم يصرّح بمختاره قال: «وعذره واضح ودعوى الإجماع في ذلك غير سديدة» ومن العجب ما في الجواهر[ب] من دعوى ضرورة المذهب على ذلك فضلاً عن الإجماع مع ما عرفت من حكاية المسالك الشهرة عن المختلف وقوله: «بأنّ دعوى الإجماع في المسألة غير سديد». وذلك لما ترى بينهما من الاختلاف في نقل الأقوال وحكاية الشهرة إلى ضرورة المذهب ممّا بينهما البون بون السماء والأرض، ومع أمثال هذه الاختلافات في نقل الإجماعات، حصول الاطمئنان بالمنقول منها ولو مستفيضاً مشكل، فضلاً عمّا لا يكون بذلك الحدّ كما لا يخفى. (**صانعي**).

(أ) مسالك الأفهام ٧: ٣٥٠.

(ب) جواهر الكلام ٣٠: ٨.

للحرّ[١] أن يجمع بين أزيد من أمتين ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرّتين، وعلى هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين أربع حرائر أو ثلاث وأمة أو حرّتين وأمتين، وللعبد أن يجمع بين أربع إماء أو حرّة وأمتين أو حرّتين، ولا يجوز له أن يجمع بين أمتين وحرّتين، أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر، أو ثلاث إماء وحرّة، كما لا يجوز للحرّ أيضاً أن يجمع بين ثلاث إماء وحرّة[٢].

(**مسألة ١**): إذا كان العبد مبعّضاً، أوالأمة مبعّضة، ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ إشكال، ومقتضى الاحتياط[٣] أن يكون العبد المبعّض كالحرّ بالنسبة إلى الإماء، فلا يجوز له الزيادة على أمتين، وكالعبد القنّ بالنسبة إلى الحرائر، فلا يجوز له الزيادة على حرّتين، وأن تكون الأمة المبعّضة كالحرّة بالنسبة إلى العبد وكالأمة بالنسبة إلى الحرّ، بل يمكن أن يقال: إنّه بمقتضى القاعدة بدعوى: أنّ المبعّض حرّ وعبد، فمن حيث حرّيته لا يجوز له أزيد من أمتين، ومن حيث عبديّته لا يجوز له أزيد من حرّتين، وكذا بالنسبة إلى الأمة المبعّضة، إلّا أن يقال: إنّ الأخبار الدالّة على أنّ الحرّ لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حرّتين منصرفة إلى الحرّ والعبد الخالصين، وكذا في الأمة، فالمبعّض قسم ثالث خارج عن الأخبار فالمرجع عمومات الأدلّة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء، لكنّه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص، وحينئذٍ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصحاب، ومقتضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما، ودعوى تغيّر الموضوع

---

١. في هذه العبارة وكذا العبارة اللاحقة مسامحة تظهر بالتأمّل فيهما وفي بعض ما فرّعه عليهما. (**لنكراني**).

٢. هذا من سهو القلم، فإنّ الحرّ لا يجوز له الجمع بين ثلاث إماء وإن لم تكن معهنّ حرّة. (**خوئي**).

٣. لا يترك. (**خميني ـ لنكراني**).

كما ترى، فتحصّل أنّ الأولى الاحتياط الذي ذكرنا أوّلاً، والأقوى العمل بـالاستصحاب[١] وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما.

(**مسألة ٢**): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأُعتق وصار حرّاً، لم يجز إبقاء الجميع؛ لأنّ الاستدامة كالابتداء، فلابدّ من إطلاق الواحدة أو الاثنتين، والظاهر كونه مخيّراً بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع، ويحتمل القرعة، والأحوط[٢] أن يختار هو القرعة[٣] بينهنّ[٤] ولو أُعتقت أمة أو أمتان، فإن اختارت الفسخ، حيث إنّ العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو، وإن اختارت البقاء يكون الزوج مخيّراً[٥]، والأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأُولى.

(**مسألة ٣**): إذا كان عنده أربع وشكّ في أنّ الجميع بالعقد الدائم، أو البعض المـعيّن أو غير المعيّن منهنّ بعقد الانقطاع، ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال[٦].

(**مسألة ٤**): إذا كان عنده أربع فطلّق واحدة منهنّ وأراد نكاح الخامسة، فإن كان الطلاق رجعيّاً لا يجوز له ذلك إلّا بعد خروجها عن العدّة، وإن كان بائناً ففي الجواز قبل الخروج عن العدّة قولان، المشهور على الجواز لانقطاع العصمة بينه وبينها، وربما قيل[٧] بوجوب الصبر

---

١. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٢. لا يترك. (**لنكراني**).

٣. لا يترك الاحتياط بالقرعة في الفرعين. (**خميني**).

٤. بل هو الأظهر. (**خوئي**).

٥. هذا إذا كانت عنده أربع إماء أو كانت المعتقة أمتين، وأمّا إذا كانت عـنده ثـلاث إمـاء وكـانت المعتقة إحداها فلا مانع من الجمع بينها وبين الباقيتين فإنّه من الجمع بين حرّة وأمتين. (**خوئي**).

٦. وإن كان الجواز أشبه. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أظهره الجواز. (**خوئي**).

ـ والأظهر الجواز. (**لنكراني**).

٧. هذا القول إن لم يكن أظهر فهو أحوط. (**خوئي**).

إلى انقضاء عدّتها؛ عملاً بإطلاق جملة من الأخبار، والأقوى المشهور، والأخبار محمولة على الكراهة.

هذا، ولو كانت الخامسة أُخت المطلّقة فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدّة البائنة لورود النصّ فيه[1] معلّلاً بانقطاع العصمة، كما أنّه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدّة لغير الطلاق كالفسخ بعيب أو نحوه، وكذا إذا ماتت الرابعة، فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهر وعشر، والنصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره ومحمول على الكراهة، وأمّا إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدّة حتّى يجب الصبر أو لا يجب.

---

١. أي يستفاد من النصّ وإن لم يرد في خصوص المسألة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لم يرد نصّ في المقام، وإنّما ورد في جواز نكاح المرأة في عدّة أُختها إذا كان الطلاق بائناً، وبين المسألتين بون بعيد، وعليه فلا فرق في الخامسة بين كونها أُختاً للمطلّقة وعدمه. (**خوئي**).

ـ لم يرد نصّ في خصوص الفرض، بل إنّما ورد في نكاح الأُخت في عدّة أُختها دالاًّ على جواز الخطبة إذا أبرأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة، ويمكن دعوى الإطلاق فيه بحيث يشمل المقام لكنّها بعيدة، كما أنّه قد أُستفيد منه أنّ الملاك كون الطلاق بائناً، بلا فرق بين مورده وبين سائر الموارد، والاستفادة غير واضحة، فلا يمكن الاستناد إليه للجواز في الطلاق البائن مطلقاً. (**لنكراني**).

فصل

[في التزويج في العدّة]

لا يجوز التزويج[1] في عدّة الغير دواماً أو متعة[2]، سواء كانت عدّة الطلاق بائنة أو رجعيّة أو عدّة الوفاة أو عدّة وطء الشبهة، حرّة كانت المعتدّة أو أمة، ولو تزوّجها حرمت عليه أبداً، إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالماً بهما مطلقاً، سواء دخل بها أو لا[3]، وكذا مع جهلهما بهما[4]، لكن بشرط الدخول بها، ولا فرق في التزويج بين الدوام والمتعة، كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر[5]، ولا يلحق بالعدّة أيّام استبراء الأمة، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبدية ولو مع العلم والدخول، بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطء قبل انقضائها، فإنّ المحرّم فيها هو الوطء دون سائر الاستمتاعات، وكذا لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل، فلو كانت مزوّجة فمات زوجها أو طلّقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطؤها ولا الاستمتاع بها في أيّام عدّتها ولا تحليلها للغير،

---

١. وأمّا تزويج ذات البعل فسيأتي حكمه في المسألة التاسعة. (**لنكراني**).

٢. إن كان قوله «دواماً أو متعة» راجعاً إلى الغير الذي هي في عدّته فلا وجه لترك ذكر عدّة المتعة في أقسام العدد، وإن كان راجعاً إلى التزويج الذي لا يجوز فلا مجال للتصريح به ثانياً، فالعبارة غير كاملة. (**لنكراني**).

٣. بل فيما دخل بها وإلّا فلا تحرم عليه أبداً كما لا تحرم عليه مع الدخول أيضاً في صورة الجهل مطلقاً. (**صانعي**).

٤. أو بأحدهما. (**لنكراني**).

٥. بل في القبل فقط لانصراف الدخول إلى الوطئ في القبل. (**صانعي**).

لكن لو وطئها أو حلّلها للغير فوطئها لم تحرم أبداً عليه[١]، أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالحكم والموضوع.

(**مسألة ١**): لا يلحق بالتزويج في العدّة وطء المعتدّة شبهة[٢] من غير عقد، بل ولا زنا، إلّا إذا كانت العدّة رجعيّة، كما سيأتي[٣]، وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تماميّة أركانه، وأمّا إذا كان بعقد تامّ الأركان وكان فساده لتعبّد شرعي كما إذا تزوّج أُخت زوجته في عدّتها أو أُمّها[٤] أو بنتها[٥] أو نحو ذلك؛ ممّا يصدق عليه التزويج وإن كان فاسداً شرعاً ففي كونه كالتزويج الصحيح إلّا من جهة كونه في العدّة وعدمه؛ لأنّ المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدّة إشكال[٦]، والأحوط الإلحاق[٧] في التحريم الأبدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً ومع الدخول في صورة الجهل.

(**مسألة ٢**): إذا زوّجه الوليّ في عدّة الغير مع علمه بالحكم والموضوع، أو زوّجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك، لا يوجب الحرمة الأبديّة[٨]؛ لأنّ المناط[٩] علم

---

١. هذا في غير العدّة الرجعية، وأمّا فيها فيجري عليها حكم الزناء بذات البعل. (**خوئي**).

٢. قيد للوطء لا للمعتدّة. (**لنكراني**).

٣. على ما سيأتي. (**صانعي**).

٤. هذه الكلمة من سهو القلم، أو غلط النسّاخ. (**خوئي**).

ـ ذكر الأُمّ مطلقاً وإطلاق ذكر البنت كلاهما من سهو القلم أو غلط الناسخ. (**لنكراني**).

٥. ذكر الأُمّ في المقام لعلّه من سهو القلم لأنّ أُمّ الزوجة من المحرّمات الأبدية وعقدها في العدّة لا تأثير له في التحريم وكذلك الربيبة مع الدخول بأُمّها. (**صانعي**).

٦. بل لا ينبغي الإشكال لأنّ المتبادر التزويج الصحيح. (**صانعي**).

٧. لا بأس بتركه. (**خوئي**).

٨. ولو مع الدخول. (**صانعي**).

٩. بل لأنّ هذا التزويج خارج عن دائرة الوكالة لتعلّقها بالتزويج الصحيح، ومع خروجه يصير فضولياً لا يتفاوت الحال فيه بين علم الموكّل وعدمه. نعم، لو أجازه مع العلم وقلنا بشمول الأدلّة للعقد الفضولي أيضاً لا يبعد الحكم بالحرمة الأبدية. (**لنكراني**).

الزوج[١] لا وليّه أو وكيله. نعم لو كان وكيلاً في تزويج امرأة معيّنه وهي في العدّة، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه[٢]، لكن المدار علم الموكّل[٣] لا الوكيل.

(**مسألة ٣**): لا إشكال في جواز تزويج من في العدّة لنفسه، سواء كانت عدّة الطلاق أو الوطء شبهة أو عدّة المتعة أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوّزات له، والعقد صحيح إلّا في العدّة الرجعيّة، فإنّ التزويج فيها باطل[٤]؛ لكونها بمنزلة الزوجة، وإلّا في الطلاق الثالث

---

١. أي ما هو المناط من حيث العلم. (**صانعي**).

٢. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٣. أو دخوله مع الجهل. (**لنكراني**).

٤. بل يصحّ لعدم الدليل على ما استدلّ به من التنزيل، فضلاً عن عمومه وإطلاقه أوّلاً، فإنّه ليس في الأخبار الدالّة على جواز الرجوع في العدّة أو على مثل لزوم النفقة والسكنى والتوارث إلّا بيان تلك الأحكام بخصوصها، مثل قوله عليه السلام: «ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض لها ثلاثة قروءٍ»(أ) ومثل قوله عليه السلام: «وعليه نفقتها والسكنى مادامت في عدّتها وهما يتوارثان حتّى تنقضي عدّتها»(ب). نعم ما في خبري ابن مسلم(ج) ويزيد الكناسي(د) من قوله عليه السلام: «هي امرأته» تنزيل، وفيه الإطلاق أيضاً لكنّه مربوط بما بعد الرجوع، كما يظهر لمن راجعها، بل يطمئن به فإنّ تلك الجملة تكون جواباً منه عليه السلام عن السؤال عن جواز الرجوع بلا إشهاد عليه في الأوّل وعن أصل جوازه في طلاق الحبلى بالشهور والشهود في الثاني، ولانصرافه إلى الأحكام المذكورة الرائجة المنصوص عليها في الأخبار ثانياً، ولعدم معقولية التنزيل في عدم صحّة التزويج على الزوجة ثالثاً، لأنّه عقلي من جهة اللغوية، لا شرعي من جهة التعبّد، للغويته مع لغوية العقلية فتدبّر جيّداً. (**صانعي**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٢: ١١٢، أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، الباب ٣، الحديث ٢.

(ب) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٣، أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، الباب ١، الحديث ١.

(ج) وسائل الشيعة ٢٢: ١٣٥، أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، الباب ١٣، الحديث ٦.

(د) وسائل الشيعة ٢٢: ١٤٩، أبواب أقسام الطلاق وأحكامه، الباب ٣٠، الحديث ١١.

الذي يحتاج إلى المحلّل، فإنّه أيضاً باطل، بل حرام، ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبديّة، وإلّا في عدّة الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم أبداً، وإلّا في العدّة لوطئه زوجة الغير شبهة، لكن لا من حيث كونها في العدّة، بل لكونها ذات بعل، وكذا في العدّة لوطئه في العدّة شبهة إذا حملت منه بناءً على عدم تداخل العدّتين، فإنّ عدّة وطء الشبهة حينئذٍ مقدّمة على العدّة السابقة التي هي عدّة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتي بتتمّة العدّة السابقة، فلا يجوز له تزويجها في هذه العدّة، أعني عدّة وطء الشبهة وإن كانت لنفسه، فلو تزوّجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل[١]، ولكن في إيجابه التحريم الأبدي إشكال[٢].

(**مسألة ٤**): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبديّة في صورة الجهل[٣] أن يكون في العدّة أو يكفي كون التزويج في العدّة مع الدخول بعد انقضائها؟ قولان، الأحوط الثاني، بل لا يخلو عن قوّة[٤]؛ لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدّة.

(**مسألة ٥**): لو شكّ في أنّها في العدّة أم لا، مع عدم العلم سابقاً، جاز التزويج[٥]، خصوصاً إذا أخبرت بالعدم، وكذا إذا علم كونها في العدّة سابقاً وشكّ في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء، وأمّا مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها[٦]، وهل تحرم أبداً إذا تزوّجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك[٧]، وإذا تزوّجها باعتقاد

---

١. على تأمّل، ولا يبعد عدم إيجابه التحريم. (**خميني ـ صانعي**).

٢. لا يبعد جريان حكم التزويج في العدّة عليه. (**خوئي**).

٣. على كفاية الجهل وإلّا فعلى ما اخترناه من شرطية العلم فحكم الفرع واضح. (**صانعي**).

٤. القوّة ممنوعة، ولكن لا يترك الاحتياط. (**لنكراني**).

٥. ظاهراً ومثله غيره من فروع الشكّ في المسألة والمسألة التالية. (**صانعي**).

٦. من حيث دخالة العلم. (**صانعي**).

٧. أي محكوم بذلك ظاهراً ما لم ينكشف الخلاف، ومع ذلك في صورة عدم الدخول لا يخلو من إشكال. (**خميني**).

ـ مع عدم انكشاف الخلاف وفرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال. (**لنكراني**).

خروجها عن العدّة، أو من غير التفات إليها، ثمّ أخبرت بأنّها كانت في العدّة، فالظاهر قبول قولها[١] وإجراء حكم التزويج في العدّة، فمع الدخول بها[٢] تحرم أبداً[٣].

(**مسألة ٦**): إذا علم[٤] أنّ التزويج كان في العدّة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شكّ في أنّه دخل بها حتّى تحرم أبداً أو لا، يبني على عدم الدخول، وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشكّ في أنّها كانت عالمة أو جاهلة، فإنّه يبني على عدم علمها، فلا يحكم بالحرمة الأبديّة.

(**مسألة ٧**): إذا علم إجمالاً بكون إحدى الامرأتين المعيّنتين في العدّة، ولم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما، ولو تزوّج إحداهما بطل، ولكن لا يوجب[٥] الحرمة[٦] الأبديّة؛ لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدّة. نعم لو تزوّجهما معاً حرمتا عليه في الظاهر عملاً بالعلم الإجمالي[٧].

---

١. فيه إشكال بل منع. نعم إذا أخبرت قبل الدخول بها أنّها في العدّة لزم الفحص على ما دلّت عليه صحيحة أبي بصير. (**خوئي**).

ـ محلّ تأمّل بل منع. (**لنكراني**).

٢. وكونها عالمة قبل العقد بالعدّة وحرمة التزويج فيها. (**صانعي**).

٣. على الأحوط. (**خميني**).

٤. لا مجال لما ذكره من التفصيل والبحث في المسألة، بناءً على ما اخترناه كما لا يخفى. (**صانعي**).

٥. نعم، فيما إذا كانتا معتدّتين وعلم بخروج إحداهما منها يكون مقتضى الاستصحاب وقوع التزويج في العدّة، فيوجب الحرمة الأبدية ما لم ينكشف الخلاف مع فرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال كما مرّ. (**لنكراني**).

٦. الأحوط إيجابها إذا كانتا معتدّتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العدّة، إلّا إذا انكشف الخلاف. (**خميني ـ صانعي**).

٧. إلّا أنّ هنا علماً إجمالياً آخر وهو العلم الإجمالي بحرمة وطء كلّ واحدة منهما أو وجوبه قبل مضي أربعة أشهر، فيدور أمر كلّ منهما بين المحذورين فلا مناص عندئذٍ من الرجوع إلى القرعة في المقام أو إلى طلاق كلتيهما. (**خوئي**).

(**مسألة ٨**): إذا علم أنّ هذه الامرأة المعيّنة في العدّة، لكن لا يدري أنّها في عدّة نفسه[١] أو في عدّة لغيره جاز له[٢] تزويجها؛ لأصالة عدم كونها في عدّة الغير فحاله حال الشكّ البدوي.

(**مسألة ٩**): يلحق[٣] بالتزويج في العدّة في إيجاب الحرمة الأبديّة تزويج ذات البعل، فلو تزوّجها مع العلم بأنّها ذات بعل[٤] حرمت عليه أبداً مطلقاً، سواء دخل بها أم لا[٥]، ولو تزوّجها مع الجهل لم تحرم[٦] إلّا مع الدخول بها، من غير فرق بين كونها حرّة أو أمة مزوّجة، وبين الدوام والمتعة في العقد السابق واللاحق، وأمّا تزويج أمة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجة، فلا يوجب الحرمة الأبديّة وإن كان مع الدخول والعلم.

(**مسألة ١٠**): إذا تزوّج امرأة عليها عدّة ولم تشرع فيها، كما إذا مات زوجها[٧] ولم

---

١. أي بغير العدّة الرجعية. (**لنكراني**).

٢. إلّا إذا كان طرف العلم هو العدّة الرجعيّة لنفسها، والمسألة مطلقاً لا تخلو من تأمّل وإشكال. (**خميني**).

٣. التعبير باللحوق إنّما يشعر بكون المستند هي نصوص المعتدّة بضميمة الأولويّة، أو إلغاء الخصوصية، مع أنّه وردت هنا أيضاً روايات متعدّدة بين موثّقة وصحيحة، والضميمة المذكورة غير ثابتة. نعم، بين المقامين فرق في بعض صور المسألة؛ وهي صورة جهل الزوج وعلم الزوجة، فإنّ مقتضى إطلاق بعض ما ورد هنا عدم ثبوت الحرمة الأبدية في هذه الصورة، ومع ذلك كلّه فالمسألة مشكلة. (**لنكراني**).

٤. وبأنّه لا يجوز تزويج ذات البعل، فإنّه يمكن أن يتحقّق الجهل به نادراً. (**لنكراني**).

٥. بل فيما دخل بها وإلّا فلا تحرم عليه أبداً كما لا تحرم عليه مع الدخول أيضاً في صورة الجهل. (**صانعي**).

٦. حتّى مع علم الزوجة بالحال على الأظهر، وبذلك يظهر الفرق بين المعتدّة وذات البعل. (**خوئي**).

٧. على القول بذلك وإلّا فعلى المختار من أنّ عدّتها من حين الفوت فالمثال غير صحيح ومورد للمناقشة. (**صانعي**).

يبلغها الخبر فإنّ عدّتها من حين بلوغ الخبر، فهل يوجب الحرمة الأبـديّة أم لا؟ قولان، أحوطهما الأوّل، بل لا يخلو عن قوّة[١].

(**مسألة ١١**): إذا تزوّج امرأة في عدّتها ودخل بها مع الجهل فحملت، مع كونها مدخولة للزوج الأوّل، فجاءت بولد، فإن مضى من وطء الثاني أقلّ من ستّة أشهر ولم يمض من وطء الزوج الأوّل أقصى مدّة الحمل لحق الولد بالأوّل، وإن مضى من وطء الأوّل أقـصى المـدّة ومـن وطء الثـاني سـتّة أشـهر أو أزيـد إلى مـا قـبل الأقصى فهو ملحق بالثاني، وإن مضى من الأوّل أقصى المدّة ومن الثاني أقل مـن ستّة أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما، وإن مضى من الأوّل ستّة فما فوق وكذا من الثاني، فهل يلحق بالأوّل أو الثاني أو يقرع؟ وجـوه أو أقـوال، والأقـوى لحـوقه بالثاني[٢]؛ لجملة[٣] من الأخبار[٤]، وكذا إذا تزوّجها الثاني بعد تمام العدّة للأوّل واشتبه حال الولد.

(**مسألة ١٢**): إذا اجتمعت عدّة وطء الشبهة مع التزويج أو لا مـعه، وعـدّة الطـلاق أو الوفاة أو نحوهما، فهل تتداخل العدّتان أو يجب التعدّد؟ قولان، المشـهور عـلى الثـاني[٥]

---

١. بل الثاني لا يخلو من قوّة. (**خميني**).

ـ القوّة ممنوعة. (**لنكراني**).

٢. فيه إشكال، ولا يبعد الرجوع إلى القرعة. (**خوئي**).

٣. بل لخصوص رواية جميل بن دراج ـ على نقل الصدوق في محكي الفقيه ـ الظـاهر فـي عـدم الإرسال. نعم، قد وردت في الفرع الآتي روايات دالّة على ذلك. (**لنكراني**).

٤. وفيها الصحيحة[أ]، والمرسلة بأحمد بن محمّد بن أبي نصر البـزنطي الذي هـو مـن أصـحاب الإجماع. (**صانعي**).

٥. وهو الأحوط لو لم يكن أقوى، فلا يترك. (**خميني**).

(أ) وسائل الشيعة ٢١: ٣٨٠، أبواب أحكام الأولاد، الباب ١٧، الحديث ١ ـ ١٣.

وهو الأحوط[١]، وإن كان الأوّل لا يخلو عن قوّة، حملاً للأخبار[٢] الدالّة على التعدّد على التقيّة، بشهادة خبر زرارة وخبر يونس، وعلى التعدّد يقدّم ما تقدّم سببه[٣]، إلّا إذا كان إحدى العدّتين بوضع الحمل فتقدّم وإن كان سببها متأخّراً؛ لعدم إمكان التأخير حينئذٍ، ولو كان المتقدّمة عدّة وطء الشبهة والمتأخّرة عدّة الطلاق الرجعي فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدّته؟ وهل ترث الزوج إذا مات قبله في

---

١. بل هو الأقوى فيما كانت أحدهما عدّة وفاة، كما أنّ الأقوى التداخل والاعتداد بأطول العدّتين فيما لم يكن كذلك، بأن كانتا عدّة طلاق وعدّة وطئ شبهة أو بالاختلاف، عملاً بالأخبار الواردة في المسألة، فإنّها على طوائف ثلاث أحدها: ما تدلّ على عدم التداخل واستئناف عدّة للأُخرى بعد إتمام العدّة الأُولى، ومورد ها فيما تكون إحدى العدّتين الوفاة. ثانيها: ما تدلّ على التداخل مطلقاً. ثالثها: ما تدلّ على عدم التداخل مطلقاً، وأنّها تعتدّ عدّة من الأول وعدّة أُخرى من الآخر.

ومن المعلوم عدم التعارض بين الطائفة الأُولى والطائفتين الأخيرتين؛ للاختلاف في الموضوع. وأمّا بين الطائفتين الأخيرتين، فالتعارض وإن كان موجوداً، لكنّ الترجيح للثانية على الثالثة؛ لكونها أكثر رواية وأصحّ سنداً وأوضح دلالة. (**صانعي**).

ـ لا يترك. (**لنكراني**).

٢. لا وجه للحمل على التقية، والظاهر هو التفصيل بين عدّة الوفاة وغيرها بالالتزام بالتعدّد في الأُولى والتداخل في الثانية، وذلك لأنّ الروايات على طوائف ثلاث: إحداها تدلّ على عدم التداخل مطلقاً. وثانيتها تدلّ على التداخل مطلقاً. وثالثتها تدلّ على عدم التداخل في خصوص الموت.

وبما أنّ النسبة بين الطائفة الثالثة والطائفة الثانية عموم مطلق، فتقيّد الطائفة الثالثة إطلاق الطائفة الثانية، وبعد ذلك تنقلب النسبة بين الطائفة الثانية والطائفة الأُولى، فتصبح الطائفة الثانية أخصّ من الطائفة الأُولى فتقيّد إطلاقها. فالنتيجة هي عدم التداخل في خصوص الموت والتداخل في غير الموت، فإذن لا معارضة بين الروايات. (**خوئي**).

٣. قد عرفت أنّه لا تعدّد إلّا فيما إذا كان الوطء بشبهة في عدّة الوفاة، ولابدّ فيه من إتمام عدّة الوفاة أوّلاً، ثمّ الاعتداد بعدة الوطء بالشبهة. (**خوئي**).

زمان عدّة وطء الشبهة؟ وجهان، بل قولان، لا يخلو الأوّل منهما من قوّة[١]، ولو كانت المتأخّرة عدّة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلّق لها في زمان عدّه الوطء قبل مجيء زمان عدّة الطلاق؟ وجهان، لا يبعد الجواز[٢] بناءً على أنّ الممنوع في عدّة وطء الشبهة وطء الزوج لها لا سائر الاستمتاعات بها كما هوالأظهر، ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذٍ للمطلّق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبديّة أيضاً؛ لصدق التزويج في عدّة الغير، لكنّه بعيد[٣]؛ لانصراف أخبار التحريم المؤبّد عن هذه الصورة.

هذا، ولو كانت العدّتان لشخص واحد كما إذا طلّق زوجته بائناً ثمّ وطئها شبهة في أثناء العدّة فلا ينبغي[٤] الإشكال[٥] في التداخل، وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدّد في هذه الصورة أيضاً.

(**مسألة ١٣**): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطء بالشبهة المجرّدة عن التزويج، إذا كانت الموطوءة مشتبهة وإن كان الواطئ عالماً، وأمّا إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمّى

---

١. لكن لا يجوز له الوطئ. (**صانعي**).

٢. بل لا يبعد عدم الجواز، ولا يبعد كونه موجباً للحرمة الأبديّة. (**خميني**).

ـ بل هو بعيد، ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدّة عليه. (**خوئي**).

ـ بل العدم غير بعيد، والملازمة بين بقاء الزوجية بعد الوطء بالشبهة وبين جواز احداثها في عدّته غير ثابتة. (**لنكراني**).

٣. بل لا بعد فيه لشمول الأدلّة ومنع الانصراف. (**لنكراني**).

٤. بل ينبغي الإشكال فيه بالإضافة إلى الغير. نعم، فيما إذا كانت إحداهما عدّة الطلاق الرجعي، والأُخرى عدّة الوفاة يكون مقتضى النصّ الوارد فيه انقلاب الأُولى إلى الثانية، ولزوم الاعتداد بخصوص عدّة الوفاة التي هي أبعد الأجلين. نعم، في إطلاقه وشموله لجميع الموارد إشكال. (**لنكراني**).

٥. الأحوط التعدّد في هذه الصورة أيضاً. (**خميني**).

أو مهر المثل قولان، أقواهما الثاني[١]، وإذا كان التزويج مجرّداً عن الوطء فلا مهر أصلاً.

(**مسألة ١٤**): مبدأ العدّة في وطء الشبهة المجرّدة عن التزويج حين الفراغ من الوطء، وأمّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبيّن الحال؟ وجهان، والأحوط الثاني[٢]، بل لعلّه الظاهر[٣] من الأخبار[٤].

(**مسألة ١٥**): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة، بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط، فلامهر لها إذا كانت حرّة، إذ لامهر لبغيّ، ولو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر لأنّه حق السيّد، وجهان[٥]، لا يخلو[٦] الأوّل منهما من قوّة.

(**مسألة ١٦**): لا يتعدّد المهر[٧] بتعدّد الوطء مع استمرار الاشتباه. نعم لو كان مع تعدّد الاشتباه تعدّد[٨].

---

١. محلّ تأمّل. (**خميني**).

ـ الأقوائية ممنوعة بل الأوّل لا يخلو من وجه، بل عن قوّة، قضاءً لمضمرة سليمان بن خالد قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في عدّتها: فقال عليه السلام: «يفرّق بينهما وإن كان دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها»[(أ)]، الحديث. (**صانعي**).

٢. وإن كان الأوّل لا يخلو من وجه. (**صانعي**).

٣. محلّ تأمّل بل منع. (**صانعي**).

٤. لكن معتبرة زرارة واضحة الدلالة على أنّ المبدأ من حين الفراغ من وطء الشبهة، وأنّ الاستبراء إنّما يكون بثلاثة قروء من حين الوطء. (**خوئي**).

٥. هنا وجه آخر لا يبعد أن يكون أوجه منهما، وهو ثبوت عشر قيمتها للمولى إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيّباً. (**خميني**).

٦. فلا يستحقّ شيء بعنوان المهر، وأمّا بعنوان الأرش فلا يبعد ثبوت عشر قيمتها للمولى إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً. (**لنكراني**).

٧. محلّ تأمّل، خصوصاً في بعض صوره. (**لنكراني**).

٨. محلّ تأمّل في بعض صوره، لكنّه أحوط مطلقاً، وأقوى في بعض الصور. (**خميني**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٥٢، أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الباب ١٧، الحديث ٧.

(**مسألة ١٧**): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل[١] للزاني[٢] وغيره، والأحوط الأولى[٣] أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضة من مائه أو ماء غيره، إن لم تكن حاملاً، وأمّا الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل. نعم الأحوط[٤] ترك تزويج المشهورة بالزنا إلّا بعد ظهور توبتها، بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني بها وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً إلّا بعد توبتها، ويظهر ذلك بدعائها إلى الفجور، فإن أبت ظهر توبتها.

(**مسألة ١٨**): لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها وإن كانت مصرّة[٥] على ذلك، ولا يجب عليه أن يطلّقها.

(**مسألة ١٩**): إذا زنى بذات بعل دواماً أو متعة حرمت عليه أبداً[٦]، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها أو طلاقه لها أو انقضاء مدّتها إذا كانت متعة، ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنّها ذات بعل أو لا، كما لا فرق بين كونها حرّة أو أمة، وزوجها حرّاً أو عبداً؛ كبيراً أو صغيراً، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء

---

١. وفي حكمها ذات العدة الرجعية. (**خوئي**).

٢. بل حرمته على الزاني بها قبل التوبة لا يخلو من قوّة. (**صانعي**).

٣. لا يترك حتّى الإمكان. (**خميني**).

ـ لا يترك الاحتياط في تزويج نفس الزاني. (**خوئي**).

٤. هذا الاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

ـ لا يترك. (**لنكراني**).

٥. إلّا إذا صارت مشهورة، فيجري فيها على الأحوط الاحتياط المتقدّم. (**لنكراني**).

٦. على الأحوط. (**خوئي**).

ـ على الأحوط فيها وإن كان عدم الحرمة لا يخلو عن وجه كما حقّقناه في تعليقتنا على كتاب النكاح من تحرير الوسيلة لسيّدنا الأُستاذ سلام الله عليه. (**صانعي**).

ـ فيه إشكال، بل منع. (**لنكراني**).

العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم بعدم صحّة العقد[١]، ولا بين أن تكون الزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة. نعم لو كانت هي الزانية وكان الواطئ مشتبهاً فالأقوى عدم الحرمة الأبديّة، ولا يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة ولا المحلّلة. نعم لو كانت الأمة مزوّجة فوطئها سيّدها لم يبعد الحرمة الأبديّة عليه وإن كان لا يخلو عن إشكال، ولو كان الواطئ مكرهاً على الزنا فالظاهر[٢] لحوق الحكم وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً.

(**مسألة ٢٠**): إذا زنى بامرأة في العدّة الرجعيّة حرمت عليه أبداً[٣]، دون البائنة وعدّة الوفاة وعدّة المتعة والوطء بالشبهة والفسخ، ولو شكّ في كونها في العدّة أو لا، أو في العدّة الرجعيّة أو البائنة فلا حرمة ما دام[٤] باقياً على الشكّ. نعم لو علم كونها في عدّة رجعيّة وشكّ في انقضائها وعدمه فالظاهر الحرمة، خصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء، ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر، وكذا في المسألة السابقة.

(**مسألة ٢١**): من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفة[٥] حرمت عليه أُمّه أبداً وإن علت،

---

١. الفرق بين هذه المسألة والمسألة التاسعة المتقدّمة بحسب الموضوع والمورد واضح فيما إذا لم يتحقّق هنا إجراء العقد. وأمّا مع تحقّقه فالفرق أنّ المفروض هناك إمّا العلم بالبطلان حال العقد، وإمّا الدخول مع الجهل، وأمّا هنا فالمفروض هو الزنا المتحقّق بالعلم بالحرمة حال الدخول، وإن لم يعلم بكونها ذات بعل في تلك الحال، وعليه فالمراد من العلم بالبطلان هو العلم بعد إجراء العقد وقبل الدخول، ولا يكون الحكم بالحرمة الأبدية في فرض الدخول في المسألة السابقة ملازماً للحكم بها هنا. (**لنكراني**).

٢. بل الأحوط. (**خميني**).

٣. على الأحوط. (**خوئي**).

ـ محلّ تأمّل بل منع. (**صانعي**).

ـ فيه إشكال، بل منع. (**لنكراني**).

٤. أو انكشف عدم كونها في العدّة أو عدم كونها رجعية. (**لنكراني**).

٥. الحكم بالحرمة في هذه الصورة مبنيّ على الاحتياط. (**خوئي**).

←

وبنته وإن نزلت، وأُخته، من غير فرق بين كونهما كبيرين، أو صغيرين[١]، أو مختلفين، ولا تحرم على الموطوء أُمّ الواطئ وبنته وأُخته على الأقوى، ولوكان الموطوء خنثى[٢] حرمت أُمّها وبنتها على الواطئ؛ لأنّه إمّا لواط أو زنا[٣]، وهو محرّم إذا كان سابقاً كما مرّ[٤]، والأحوط[٥] حرمة المذكورات على الواطئ وإن كان ذلك بعد التزويج، خصوصاً إذا طلّقها[٦] وأراد تزويجها جديداً والأُمّ الرضاعيّة كالنسبيّة، وكذلك الأُخت و البنت، والظاهر[٧] عدم الفرق[٨] في الوطء بين[٩] أن يكون عن علم وعمد واختيار أو مع الاشتباه، كما إذا تخيّله

← ـ الحكم في بعض الحشفة محلّ تأمّل، بل لا يبعد عدمه. (**صانعي**).

ـ على الأحوط. (**لنكراني**).

١. الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (**خوئي**).

ـ محلّ تأمّل، بل منع، والظاهر اختصاص الحكم بما كان الفاعل رجلاً وكبيراً والمفعول غلاماً وصغيراً اقتصاراً على مورد النصّ، وليس للبلوغ وعدمه دخالة في الحكم بل المعيار الرجولية والغلامية، ولا يخفى أنّ مورد الشبهة مفهوماً أو مصداقاً محكوم بعدم الحرمة الأبدية، استصحاباً وبراءة وحلّاً. نعم قد يقال؛ بأنّ الرجل في لسان الشرع البالغ، والغلام غير بالغ ومثلهما المرأة والصبية، وعليه فالمعيار البلوغ في الفاعل وعدمه في المفعول، إلّا أنّه غير ثابت وإن كانت الأحوط رعاية المعيار. (**صانعي**).

ـ إذا كان الواطئ صغيراً أو كانا كبيرين فالحكم محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٢. وكان الوطء في دبرها. (**خميني**).

٣. مرّ أنّ الزنا غير موجب للحرمة، وعليه فلا يحصل العلم الإجمالي، كما لا يخفى. (**صانعي**).

٤. هذا من سهو القلم والصحيح: «كما يأتي»، ثمّ إنّه يأتي ما هو المختار من أنّ الزنا بالمرأة لا يوجب تحريم أُمّها وبنتها إلّا في الخالة والعمّة، وعليه فلا تحرم أُمّ الخنثى وبنتها على الواطئ لعدم إحراز كونه ذكراً. (**خوئي**).

٥. وإن كان الأقوى عدمها. (**خميني ـ صانعي**).

٦. لا بأس بترك الاحتياط في غير هذه الصورة. (**خوئي**).

٧. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٨. فيه إشكال. (**لنكراني**).

امرأته أو كان مكرهاً أو كان المباشر[١٠] للفعل[١١] هو المفعـول، ولو كان الموطوء ميّتاً فـفي التحريم إشكال[١٢]، ولو شكّ في تحقّق الإيقاب وعدمه بنى على العدم، ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أُخته أو أُمّه وإن كان الأولى[١٣] الترك في ابنته.

---

٩. جريان الحكم في غير العلم والعمد والاختيار مشكل، بل عدمه لا يخلو عن قوّة، قضاءً للرفع فيما لا يعلمون وما استكرهوا عليه. (**صانعي**).

١٠. على الأحوط في هذه الصورة، إذا لم يتحقّق من الفاعل العمل. (**خميني**).

١١. الأقوى عدم التحريم إذا لم يتحقّق من الفاعل العمل. (**صانعي**).

١٢. بل منع. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أظهره عدم التحريم. (**خوئي**).

ـ ولا يبعد عدم التحريم. (**لنكراني**).

١٣. ليس للأولوية وجه يعتدّ به. (**خوئي**).

فصل

من المحرّمات الأبدية التزويج حال الإحرام

لا يجوز للمحرم أن يتزوّج امرأة محرمة أو محلّة، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل محرماً أو محلّاً وكانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله، وكذا لو كان بإجازة عقد الفضولي الواقع حال الإحرام أو قبله، مع كونها حاله، بناءً على النقل، بل على الكشف[1] الحكميّ، بل الأحوط مطلقاً، ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبداً، سواء دخل بها أو لا، وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى؛ دخل بها أو لم يدخل، لكن العقد باطل على أيّ حال، بل لو كان المباشر للعقد محرماً بطل وإن كان من له العقد محلّاً، ولو كان الزوج محلّاً وكانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد، لكن هل يوجب الحرمة الأبديّة؟ فيه قولان، الأحوط الحرمة، بل لا يخلو[2] عن قوّة، ولا فرق في البطلان والتحريم الأبدي بين أن يكون الإحرام لحجّ واجب أو مندوب، أو لعمرة واجبة أو مندوبة، ولا في النكاح بين الدوام والمتعة.

---

١. على الأحوط فيه. (**خميني ـ صانعي**).

٢. لا لأنّ الأخذ بظاهر الأخبار الواردة في مورد المحرم والرجل يوجب التفكيك بين الحكمين؛ أعني البطلان والحرمة الأبدية، مع أنّه لا مجال لتوهّم الاختصاص في الأوّل، فإنّه لا مانع من كون العموم فيه مستفاداً من دليل آخر كالإجماع ونحوه، بل لإلغاء العرف الخصوصية من كلمة «الرجل» وعدم حمل «المحرم» على خصوص الرجل المتّصف بالإحرام. (**لنكراني**).

(**مسألة ١**): لو تزوّج في حال الإحرام مع العلم بالحكم، لكن كان غافلاً عن كونه محرماً، أو ناسياً له، فلا إشكال في بطلانه[١]، لكن في كونه محرّماً أبداً إشكال، والأحوط ذلك[٢].

(**مسألة ٢**): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج في التحريم الأبدي، فلا يوجبه وإن كان مع العلم بالحرمة والعمد.

(**مسألة ٣**): لو تزوّج في حال الإحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام كتزويج أُخت الزوجة أو الخامسة، هل يوجب التحريم أو لا؟ الظاهر ذلك[٣]؛ لصدق التزويج فيشمله[٤] الأخبار. نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

(**مسألة ٤**): لو شكّ في أنّ تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله؟ بنى على[٥] عدم كونه

---

١. قضاءً لصحيحة عبدالله بن سنان[(أ)] وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[(ب)] الواردين في مورد الجهل بالحكم والموضوع. (**صانعي**).

٢. لا بأس بتركه. (**خوئي**).

ـ بل الأقوى عدم التحريم لعموم حديث الرفع والسعة. (**صانعي**).

٣. فيه إشكال، والأظهر عدم التحريم، وقد مرّ منهﷺ الإشكال في نظيره في الفصل السابق. (**خوئي**).

ـ فيه إشكال بل منع وقد مرّ منه الإشكال في نظيره في الفصل السابق في المسألة ١. (**صانعي**).

٤. فيه إشكال. (**خميني**).

ـ فيه إشكال، وقد مرّ منه الإشكال في الشمول في تزويج ذات العدّة. (**لنكراني**).

٥. أي بنى على صحّته، وكذا فيما يتلوه على الأقوى. (**خميني ـ صانعي**).

(أ) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٦، أبواب تروك الإحرام، الباب ١٤، الحديث ٢.

(ب) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٧، أبواب تروك الإحرام، الباب ١٤، الحديث ٤.

فيه، بل وكذا لو شكّ في أنّه كان في حال الإحرام أو بعده على إشكال[١]، وحينئذٍ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً قدّم قول من يدّعي الصحّة، من غير فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما. نعم لو كان محرماً وشكّ في أنّه أحلّ من إحرامه أو لا، لا يجوز له التزويج، فإن تزوّج مع ذلك بطل وحرمت عليه[٢] أبداً، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الإحرام.

(**مسألة ٥**): إذا تزوّج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع، ثمّ انكشف فساد إحرامه صحّ العقد ولم يوجب الحرمة. نعم لو كان إحرامه صحيحاً فأفسده[٣] ثمّ تزوّج، ففيه وجهان[٤]: من أنّه قد فسد، ومن معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

(**مسألة ٦**): يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق في العدّة الرجعية، وكذا تملّك الإماء.

(**مسألة ٧**): يجوز للمحرم أن يوكّل محلّاً في أن يزوّجه بعد إحلاله، وكذا يجوز له أن يوكّل محرماً في أن يزوّجه بعد إحلالهما.

---

١. لكنّه ضعيف. (**خوئي**).

٢. مع علمه بالحرمة، وإنّما تكون الحرمة في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أي بالحرمة الظاهرية ما لم ينكشف الخلاف. (**لنكراني**).

٣. لكنّه فرض غير واقع، وما هو محلّ الكلام هو فساد الحجّ في بعض الموارد لا فساد الإحرام، فإنّ الظاهر عدم فساده مع فساد الحجّ. (**خميني**).

ـ لم يعلم فرض فساد الاحرام، فإنّ الفاسد هو الحجّ لا الإحرام، فلا محيص عن القول بالبطلان والحرمة الأبدية. (**لنكراني**).

٤. أظهرهما الثاني فيما إذا كان الإفساد بجماع أو نحوه، وأمّا إذا كان بترك أعمال الحجّ أو العمرة بحيث لا يتمكن من الإتيان بها بعد ذلك فالأظهر هو الأوّل. (**خوئي**).

ـ أظهرهما الثاني إذا كان الإفساد بالجماع، وإلّا فالأوّل، وذلك لكشفه عن بطلان الإحرام من الأوّل نظراً إلى كون الحجّ واجباً ارتباطياً. (**صانعي**).

(**مسألة ٨**): لو زوّجه فضولي في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه، وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الأحوط العدم[١] ولو على القول بالنقل. هذا إذا كان الفضوليّ محلّاً، وإلّا فعقده باطل لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له محلّاً.

---

١. لا بأس بتركه. (**خوئي**).

فصل

في المحرّمات بالمصاهرة

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجيّة أو الملك[1]؛ عيناً أو انتفاعاً، بالتحليل أو الوطء شبهة أو زنا[2] أو النظر أو اللمس في صورة مخصوصة.

(**مسألة ١**): تحرم زوجة كلّ من الأب والابن على الآخر فصاعداً في الأوّل ونازلاً في الثاني، نسباً أو رضاعاً، دواماً أو متعة، بمجرّد العقد وإن لم يكن دخل، ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحرّ والمملوك.

(**مسألة ٢**): لا تحرم مملوكة الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة[3]، وكذا لا تحرم المحلّلة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة[4].

(**مسألة ٣**): تحرم على الزوج أُمّ الزوجة وإن علت، نسباً أو رضاعاً مطلقاً، وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول بالأُمّ، سواء كانت في حجره أو لا، وإن كان تولّدها بعد

---

١. في حدوث العلاقة المذكورة بمجرّد الملك عيناً أو انتفاعاً من دون تحقّق الوطء إشكال، مضافاً إلى اختصاص المصاهرة لغةً وعرفاً بالزوجية كما في الجواهر. (**لنكراني**).

٢. على مختار المتن فيهما، وإلّا فعلى المختار فهما غير موجبين للحرمة. (**صانعي**).

٣. على الأحوط، بل الأحوط مطلق اللمس والنظر إلى ما لا يحلّ لغير المالك. (**خميني**).

ـ يأتي الكلام فيه في المسألة ٣٦ وما بعدها. (**لنكراني**).

٤. وملموسة ومنظورة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أو ما بحكم الدخول. (**لنكراني**).

خروج الأُمّ عن زوجيّته، وكذا تحرم أُمّ المملوكة الموطوءة على الواطئ وإن علت مطلقاً وبنتها.

(**مسألة ٤**): لا فرق في الدخول بين القبل والدبر[١]، ويكفي الحشفة أو مقدارها[٢]، ولا يكفي الإنزال على فرجها من غير دخول وإن حبلت به، وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

(**مسألة ٥**): لا يجوز لكلّ من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل وإن لم تكن مدخولة له، وإلّا كان زانياً.

(**مسألة ٦**): يجوز للأب أن يقوّم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها، والظاهر إلحاق الجدّ بالأب، والبنت بالابن وإن كان الأحوط خلافه، ولا يعتبر إجراء صيغة البيع[٣] أو نحوه وإن كان أحوط[٤]، وكذا لا يعتبر كونه مصلحة للصبيّ[٥]. نعم يعتبر عدم المفسدة، وكذا لا يعتبر الملاءة في الأب وإن كان أحوط[٦].

(**مسألة ٧**): إذا زنى الابن بمملوكة الأب حدّ، وأمّا إذا زنى الأب بمملوكة الابن فالمشهور عدم الحدّ عليه، وفيه إشكال[٧].

---

١. بل في القبل فقط. (**صانعي**).

٢. كفاية المسمّى في مقطوع الحشفة لا تخلو من قوّة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بل لا يبعد الاكتفاء بالمسمّى في المقطوع. (**لنكراني**).

٣. لكن يكون التقويم بعنوان التملّك في مقابل العوض. (**خميني ـ صانعي**).

٤. لا يترك الاحتياط فيه وفيما بعده. (**خوئي**).

٥. اعتبار المصلحة والملائة فيه هو الأحوط، بل لا يخلو عن قوّة، لما اعتبر في كتاب الله في القرب إلى مال اليتيم من كونه أحسن ومع عدمهما لا يكون بأحسن ظاهراً. (**صانعي**).

٦. لا يترك فيه وفيما قبله من الصورتين، بل لا يخلو اعتبار إجراء صيغة البيع ونحوه عن وجه، وعلى فرض العدم لابدّ من أن يكون التقويم بعنوان التملّك في مقابل العوض. (**لنكراني**).

٧. بل الظاهر ثبوت الحدّ عليه، ويظهر من المسالك في المسألة الرابعة من حدّ السارق المفروغية عن ترتّب حدّ الزاني على الأب لو زنى بجارية الابن. (**خوئي**).

(**مسألة ٨**): إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهة لم يحدّ، ولكن عليه مهر المثل، ولو حبلت فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد قهراً مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعتق[١] إلّا إذا كان أُنثى. نعم يجب[٢] على الأب[٣] فكّه إن كان ذكراً.

(**مسألة ٩**): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأُخت على العمّة والخالة إلّا بإذنهما، من غير فرق بين الدوام والانقطاع، ولا بين علم العمّة والخالة وجهلهما، ويجوز العكس وإن كانت العمّة والخالة جاهلتين[٤] بالحال على الأقوى.

(**مسألة ١٠**): الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطّلاع العمّة والخالة على ذلك وعدم اطّلاعهما أبداً، ولا بين كون مدّة الانقطاع قصيرة ولو ساعة أو طويلة على إشكال[٥] في بعض[٦] هذه الصور؛ لإمكان دعوى انصراف الأخبار[٧].

(**مسألة ١١**): الظاهر[٨] أنّ حكم اقتران العقدين حكم سبق العمّة والخالة.

(**مسألة ١٢**): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.

---

١. الظاهر هو الانعتاق كما صرّح به في المسألة الثامنة في فصل نكاح العبيد والإماء. (**خوئي**).

٢. يحتاج إلى المراجعة. (**خميني**).

٣. والمسألة ليست مورداً للابتلاء، ومحتاجة إلى المراجعة. (**صانعي**).

٤. فيه تأمّل. (**لنكراني**).

٥. مذبوب بمنع الانصراف فإنّه بدوي. (**صانعي**).

٦. الأقوى التعميم. (**خميني**).

٧. لكنّه انصراف بدويّ لا يضرّ بالإطلاق. (**لنكراني**).

٨. فيه إشكال، بل الأشبه عكسه. (**خميني**).

ـ فيه إشكال، والاحتياط لا ينبغي تركه. (**خوئي**).

ـ الظهور ممنوع، ولا وجه له، والأشبه بالقواعد صحّتها لعدم كون عقد بنت الأخ والأُخت متأخّراً ليكون باطلاً ومحتاجا إلى الإجازة. (**صانعي**).

ـ فيه نظر، بل ظاهر الدليل الاختصاص بصورة السبق وخروج صورة الاقتران. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٣**): لا فرق في العمّة والخالة بين الدنيا منهما والعليا.

(**مسألة ١٤**): في كفاية الرضا الباطني منهما من دون إظهاره وعدمها، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان[١].

(**مسألة ١٥**): إذا أذنت ثمّ رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوّج، لم يكفه الإذن السابق.

(**مسألة ١٦**): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثّر في البطلان.

(**مسألة ١٧**): الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور، بأن وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثمّ لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا. نعم لو قيّدت الإذن بإعطاء شيء فتزوّج ثمّ لم يعط كشف عن بطلان الإذن[٢] والعقد وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

(**مسألة ١٨**): الظاهر أنّ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي، لا أن يكون لحقّ منهما، فلا يسقط بالإسقاط.

(**مسألة ١٩**): إذا اشترط في عقد العمّة أو الخالة إذنهما في تزويج بنت الأخ أو الأُخت، ثمّ لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصحّ العقد على إحدى البنتين، وهل له إجبارهما[٣] في الإذن؟ وجهان[٤]. نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد

---

١. الأحوط الثاني. (**خميني**).

ـ والأوجه هو الأوّل. (**خوئي**).

ـ الأحوط الذي لا يخلو من قوّة هو الثاني. (**صانعي**).

ـ والأحوط الثاني. (**لنكراني**).

٢. لا يتّصف الإذن بالصحّة والبطلان، فإنّه إمّا موجود أو معدوم، ولعلّه يريد بذلك عدم تحقّقه باعتبار عدم تحقّق المعلّق عليه. (**خوئي**).

٣. لكنه مع الإجبار لا يتحقّق الإذن الكاشف عن الرضا الباطني، والمعتبر هو المكشوف فقط أو مع ضمّ الكاشف القولي أو الفعلي. (**لنكراني**).

٤. الظاهر هو جواز الإجبار إلّا أنّه لا يجدي فإنّ الموضوع لصحّة العقد على بنت الأخ أو الأُخت رضا العمّة أو الخالة وهو لا يتحقّق به. (**خوئي**).

على ابنة الأخ أو الأُخت فالظاهر الصحّة[١]، وإن أظهرتا الكراهة بعد هذا.

(**مسألة ٢٠**): إذا تزوّجهما من غير إذن ثمّ أجازتا، صحّ على الأقوى.

(**مسألة ٢١**): إذا تزوّج العمّة وابنة الأخ وشكّ في سبق عقد العمّة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحّة، وكذا إذا شكّ في السبق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران.

(**مسألة ٢٢**): إذا ادّعت العمّة أو الخالة عدم الإذن، وادّعى هو الإذن منهما، قدّم قولهما وإذا كانت الدعوى بين العمّة وابنة الأخ مثلاً في الإذن وعدمه، فكذلك قدّم قول العمّة.

(**مسألة ٢٣**): إذا تزوّج ابنة الأخ أو الأُخت وشكّ في أنّه هل كان عن إذن من العمّة والخالة أو لا؟ حمل فعله على الصحّة.

(**مسألة ٢٤**): إذا حصل بنتيّة الأخ أو الأُخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثمّ أسلم على وجه[٢].

(**مسألة ٢٥**): إذا طلّق العمّة أو الخالة طلاقاً رجعيّاً لم يجز تزويج إحدى البنتين إلّا بعد خروجهما عن العدّة ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

(**مسألة ٢٦**): إذا طلّق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت؛ لأنّ طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

(**مسألة ٢٧**): هل يجري الحكم في المملوكتين[٣] والمختلفتين؟ وجهان، أقواهما العدم.

(**مسألة ٢٨**): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطء، بل قبله[٤]

---

١. لو رجع الشرط إلى سقوط إذنه فالظاهر بطلان الشرط. (**خميني ـ صانعي**).

ـ بل الظاهر الفساد إلّا إذا رجع الاشتراط إلى اشتراط وكالته عنهما في الإذن. (**خوئي**).

ـ إن كان مرجع الشرط إلى سقوط اعتبار اذنهما فالظاهر فساده، وإن كان مرجعه إلى لزوم الإذن البعدي فيرجع إلى الصورة الأُولى، وإن كان مرجعه إلى الإذن الفعلي حال العقد فهو معتبر ما لم يتحقّق الرجوع عنها. (**لنكراني**).

٢. فيه تأمّل. (**خميني**).

٣. لا من جهة أصل الملك، بل بلحاظ الوطء فيه. (**لنكراني**).

٤. بل يوجب فيه على الأحوط. (**لنكراني**).

أيضاً على الأقوى، فلو تزوّج إمرأة ثمّ زنى بأُمّها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته، وكذا لو زنى الأب بإمرأة الابن لم تحرم على الابن وكذا لو زنى الابن بإمرأة الأب لا تحرم على أبيه، وكذا الحال في اللواط الطارئ على التزويج، فلو تزوّج امرأة ولاط بأخيها أو أبيها أو إبنها لم تحرم عليه إمرأته، إلّا أنّ الاحتياط فيه[١] لا يترك[٢]، وأمّا إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمّة أو الخالة يوجب حرمة بنتيهما[٣] وإن كان بغيرهما ففيه خلاف، والأحوط التحريم، بل لعلّه لا يخلو عن قوّة[٤]، وكذا الكلام في الوطء بالشبهة[٥]، فإنّـه إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة، وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها[٦].

(**مسألة ٢٩**): إذا زنى بمملوكة أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب[٧]، وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم، وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه.

(**مسألة ٣٠**): لا فرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر.

(**مسألة ٣١**): إذا شكّ في تحقّق الزنا وعدمه، بنى على العدم، وإذا شكّ في كونه سابقاً أو لا، بنى على كونه لاحقاً.

---

١. في خصوص ما إذا كان اللواط قبل الوطء كما في الزنا على ما مرّ. (**لنكراني**).

٢. لا ينبغي تركه. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا بأس بتركه في غير ما إذا أراد التزويج بها ثانياً. (**خوئي**).

٣. على الأحوط في بنت العمّة. (**خوئي**).

ـ على إشكال بل منع. (**صانعي**).

٤. في القوّة إشكال، وكذا في الوطء بالشبهة. (**خميني**).

ـ في القوّة إشكال بل منع. (**خوئي**).

ـ بل لعل عدم التحريم لا يخلو من قوّة وعلى ما ذكرنا يظهر الحكم في الفروع الآتية. (**صانعي**).

ـ في القوّة إشكال، وكذا في الوطء بالشبهة. (**لنكراني**).

٥. الأقوى عدم الحرمة مطلقاً سابقاً أو طارئاً. (**صانعي**).

٦. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٧. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

(**مسألة ٣٢**): إذا علم أنّه زنى بأحد الامرأتين[١] ولم يدر أيّتهما هي؟ وجب عليه الاحتياط[٢] إذا كان لكلّ منهما أُمّ أو بنت، وأمّا إذا لم يكن لإحداهما أُمّ ولا بنت، فالظاهر جواز[٣] نكاح الأُمّ أو البنت من الأُخرى.

(**مسألة ٣٣**): لا فرق في الزنا بين كونه اختياريّا أو إجبارياً أو اضطرارياً[٤]، ولا بين كونه في حال النوم[٥] أو اليقظة، ولا بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزنيّ بها، بل لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال، بل لو زنى بالميتة فكذلك على إشكال[٦] أيضاً، وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميّت المتّصل، وأمّا لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

(**مسألة ٣٤**): إذا كان الزنا لاحقاً فطلّقت الزوجة رجعيّاً، ثمّ رجع الزوج في أثناء العدّة لم يعدّ سابقاً حتّى ينشر الحرمة؛ لأنّ الرجوع إعادة الزوجيّة الأُولى[٧]، وأمّا إذا نكحها بعد الخروج عن العدّة أو طلّقت بائناً فنكحها بعقد جديد ففي صحّة النكاح وعدمها وجهان، من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة؛ لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً، ومن أنّه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد والأحوط النشر.

(**مسألة ٣٥**): إذا زوّجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأُمّها أو بنتها، ثمّ أجاز العقد

---

١. بحيث كانت هي أيضاً زانية. (**لنكراني**).

٢. في إطلاقه منع ظاهر. (**خوئي**).

٣. هذا إذا كانت المرأة زانية لا مشتبهة. (**خميني**).

٤. نشر الحرمة بالزنا بالنسبة إلى الزاني نفسه في فرض الإكراه أو الاضطرار لا يخلو من إشكال بل منع. (**خوئي**).

٥. الظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً، وذلك لاعتبار الاختيار في مفهوم الزنا. (**خوئي**).

٦. قويّ جدّاً، بل الظاهر عدم النشر، وكذا الحال فيما بعده. (**خوئي**).

٧. بل الزوجية الأُولى باقية حقيقة، والرجوع إبطال لأثر الطلاق. (**خوئي**).

فإن قلنا بالكشف الحقيقيّ كان الزنا لاحقاً، وإن قلنا بالكشف[١] الحكمي[٢] أو النقل كان سابقاً[٣].

(**مسألة ٣٦**): إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة[٤] حرمت على ابنه وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة، كما إذا كان[٥] للاختبار أو للطبابة أو كان اتّفاقيّاً، بل وإن أوجب شهوة أيضاً. نعم لو لمسها لإثارة الشهوة كما إذا مسّ فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوة، فالظاهر النشر.

(**مسألة ٣٧**): لا تحرم أُمّ المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى، وإن كان الأحوط الاجتناب، كما أنّ الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أُمّها وإن كان الأقوى عدمه، بل قد يقال: إنّ اللمس والنظر يقومان مقام الوطء في كلّ مورد يكون الوطء ناشراً للحرمة، فتحرم الأجنبيّة الملموسة أو المنظورة شبهة أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أُمّها وبنتها حرّة كانت أو أمة، وهو وإن كان أحوط، إلّا أنّ الأقوى خلافه، وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كلّ من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة[٦].

---

١. فيه نظر. (**لنكراني**).

٢. فيه تأمّل. (**خميني**).

٣. وكذا على القول بالكشف الحقيقي لرجوعه في مثل هذه الأُمور الخارجية إلى مثل النقل، كما حقّقه الشيخ الأعظم في مسألة الفضولي من كتاب البيع، بل الظاهر منه عدم الدليل على الحقيقي، بل لا يكون معقولاً فراجعه، ثمّ لا يخفى إنّ الفرق بين السبق واللحوق إنّما يكون على القول بتأثير الزنا في الحرمة الأبدية، وإلّا فعلى المختار من عدم نشره فيه فلا فرق بينهما. (**صانعي**).

٤. ولم يكن المنظور أو الملموس هو الوجه أو الكفّين، وأمّا هما فيأتي حكمهما في المسألة ٣٨. (**لنكراني**).

٥. مرّ الكلام فيه. (**خميني**).

٦. أو كانت ملموسة لإثارة الشهوة كما مرّ في المسألة ٣٦. (**لنكراني**).

(**مسألة ٣٨**): في إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه والكفّين إذا كان بشهوة نظر، والأقوى العدم[١] وإن كان هو أحوط[٢].

(**مسألة ٣٩**): لا يجوز الجمع بين الأُختين في النكاح؛ دواماً أو متعة، سواء كانتا نسبيّتين أو رضاعيّتين[٣] أو مختلفتين[٤]، وكذا لا يجوز[٥] الجمع بينهما في الملك مع وطئهما، وأمّا الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطء فلا مانع منه، وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأُخرى بما دون الوطء؟ فيه نظر، مقتضى بعض النصوص[٦] الجواز وهو الأقوى[٧]، لكن الأحوط العدم.

---

١. في خصوص النظر، وأمّا اللمس فلا يترك الاحتياط فيه. (**لنكراني**).

٢. لا يترك في اللمس بشهوة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا يترك الاحتياط في اللمس. (**خوئي**).

٣. وفي بعض النسخ أو مختلفتين، والأولى تركه. (**لنكراني**).

٤. كرضيعة من لبن فحل مع بنته النسبيّة التي لم ترتضع من لبنه، فهما أُختان مختلفتا الانتساب لم تحصل أُختيّتهما بالرضاعة ولا بالنسب، بل بهما على الاختلاف. (**خميني ـ صانعي**).

ـ يريد بذلك ما إذا كانت الأُختية بين المرأتين ناشئة من ولادة إحداهما وارتضاع الأُخرى. (**خوئي**).

٥. ما لا يجوز هو وطؤهما بالملك لا جمعهما فيه مع وطئهما. (**خميني**).

ـ عدم الجواز متعلّق بوطئهما عن ملك لا بالجمع في الملك مع وطئهما وقد فسّر الشيخ ما في خبر الحلبي عن الباقر من قوله: «احلتهما آية وحرّمتهما أُخرى»[أ] بأن احلتهما آية في الملك وحرّمتهما أُخرى في الوطئ. (**صانعي**).

٦. النصّ الوارد في المقام ضعيف جدّاً. (**خوئي**).

٧. في القوّة إشكال بل منع. (**خوئي**).

(أ) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٣، أبواب ما يحرم بالمصاهرة، الباب ٢٩، الحديث ٣.

(**مسألة ٤٠**): لو تزوّج بإحدى الأُختين وتملّك الأُخرى لا يجوز له وطء المملوكة إلّا بعد طلاق المزوّجة وخروجها عن العدّة إن كانت رجعيّة، فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك ولا يحدّ حدّ الزنا بوطء المملوكة، بل يعزّر فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض.

(**مسألة ٤١**): لو وطئ إحدى الأُختين بالملك، ثمّ تزوّج الأُخرى فالأظهر[1] بطلان التزويج، وقد يقال بصحّته وحرمة وطء الأُولى إلّا بعد طلاق الثانية.

(**مسألة ٤٢**): لو تزوّج بإحدى الأُختين ثمّ تزوّج بالأُخرى بطل عقد الثانية، سواء كان بعد وطء الأُولى أو قبله، ولا يحرم بذلك وطء الأُولى وإن كان قد دخل بالثانية. نعم لو دخل بها مع الجهل بأنّها أُخت الأُولى يكره له وطء الأُولى قبل خروج الثانية عن العدّة، بل قيل: يحرم؛ للنصّ الصحيح، وهو الأحوط[2].

(**مسألة ٤٣**): لو تزوّج بالأُختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحّته[3] دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما، وكذا وطء إحداهما، إلّا بعد طلاقهما أو طلاق الزوجة الواقعيّة منهما ثمّ تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأُخرى عن العدّة، إن كان دخل بها أو بهما، وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر

---

١. محلّ تأمّل. (**خميني**).

ـ الأظهرية ممنوعة، وعلى تقدير الصحّة فالحكم بحرمة الوطء الأُولى إلّا بعد طلاق الثانية ممنوع أيضاً. (**لنكراني**).

٢. لا يترك. (**خميني ـ لنكراني**).

ـ لا يترك بل هو الأظهر. (**خوئي**).

٣. فيه إشكال بل منع، وذلك لما بنينا عليه من معارضة الاستصحابين في أمثال المقام. (**خوئي**).

ـ الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (**صانعي**).

الصبر عليهما؟ لا يبعد ذلك[١]؛ لقوله تعالى[٢]: ﴿ فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ ﴾[(أ)].

وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنّه يعيّن بالقرعة[٣]، وقد يقال: إنّ الحاكم يفسخ نكاحهما. ثمّ مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق[٤]، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه، لكن ذكر بعضهم[٥] أنّه

---

١. الأقرب هو الرجوع إلى القرعة في تعيين السابق منهما، فتسقط الاحتمالات اللاحقة، وكذا الحال في الرجوع إلى القرعة في نظائر المقام، إلّا بعض الموارد النادرة ممّا خرج عنها بالنصّ، فحينئذٍ تستعمل بالنسبة إلى المهر لو طلّقها، وما هو المعروف بين المتأخرين من الإشكال في أدلّة القرعة قد فرغنا عن جوابه في محلّه، وأنّه ممّا لا أساس له، وأمّا الآية الشريفة التي تمسّك بها في المتن فهي غير مربوطة بالمسألة وإن تمسّك بها العلّامة أيضاً. (**خميني**).

ـ لا دليل عليه، والآية الكريمة على ما فسرت راجعة إلى النفقة، فإذن ينتهي الأمر إلى القرعة. (**خوئي**).

٢. الاستدلال بالآية الشريفة على وجوب الطلاق في المقام غير ظاهر، وكذا الاستدلال له بالعلم الإجمالي بوجوب الاضطجاع والوطء، فإنّه لا يقتضي وجوب الطلاق إذا كان هناك طريق للتشخيص، ولو كانت هي القرعة، بناءً على شمول دليلها لمثل المقام وعدم الافتقار إلى عمل الأصحاب، كما حقّقناه في محلّه. (**لنكراني**).

٣. وهو الأقرب بحسب القواعد لكن اللازم رعاية حال كشف الخلاف معها وأمّا الطلاق فرافع للإشكال فعلاً ولا يلزم معه محذور أصلاً. (**صانعي**).

٤. ولم تتعيّن الزوجة بالقرعة. (**صانعي**).

ـ أو يعيّن بالقرعة كما مرّ. (**لنكراني**).

٥. الظاهر ما ذكره ذلك البعض في فرض عدم الدخول، لكن إذا كان المهران متّفقين قدراً وجنساً ووصفاً يقسّط نصف المهر عليهما، ومع اختلافهما تعطى كلّ واحدة منهما ربع ما سمّي لها، هذا مع قطع النظر عن الرجوع إلى القرعة، وأمّا معها كما عرفت فلابدّ من التعيين بها وإعطاء نصف مهرها إيّاها، وأمّا في فرض الدخول فاللازم كلا المهرين مطلقاً، بناءً على ثبوت المهر المسمّى في الوطء بالشبهة في النكاح الفاسد. (**لنكراني**).

←

لا يجب عليه إلّا نصف المهر لهما فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول، وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول[١]، والمسألة محلّ إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في الماليّات.

(**مسألة ٤٤**): لو اقترن عقد الأُختين بأن تزوّجهما بصيغة واحدة، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأُخرى في زمان واحد بطلا معاً، وربما يقال[٢] بكونه مخيّراً[٣] في اختيار أيّهما شاء؛ لرواية محمولة[٤] على التخيير بعقد جديد، ولو تزوّجهما وشكّ في السبق[٥] والاقتران حكم ببطلانهما أيضاً.

→

(أ) البقرة (٢): ٢٢٩.

١. إذا فرض الدخول فيهما معاً وجب عليه تمام المهر لكلّ منهما. غاية الأمر أنّ أحد المهرين مهر المثل والآخر مهر المسمّى، وتعيين ذلك إنّما هو بالقرعة، وكذا الحال في فرض عدم الدخول، فإنّ نصف المهر يتعيّن بالقرعة. (**خوئي**).

ـ إذا فرض الدخول فيهما معاً وجب عليه تمام المهر لكلّ منهما. غاية الأمر أنّ أحد المهرين مهر المثل، والآخر مهر المسمّى، وتعيين ذلك إنّما هو بالقرعة، وكذا الحال في فرض عدم الدخول فإنّ نصف المهر يتعيّن بالقرعة، كما إذا فرض الدخول بأحدهما يتعين مهرها من المثل أو المسمّى بالقرعة. (**صانعي**).

٢. وهو الأوجه لكون الحمل على خلاف الظاهر ولا داعي فيه. (**صانعي**).

٣. لا تبعد صحّة هذا القول، فإنّ الرواية صحيحة وظاهرة الدلالة، وقد عمل بها جماعة من الأصحاب، فلا وجه لحملها على خلاف ظاهرها. هذا في الصورة الأُولى، وأمّا الصورة الثانية فلا تبعد صحّة عقد نفسه فيها، وبما ذكرنا يظهر ما في الحكم ببطلانهما في فرض الشكّ في السبق والاقتران، وعليه فإن كان محتمل السبق عقد إحداهما معيّنة فيؤخذ به، وإن كانت غير معيّنة فالمرجع هو القرعة لتعيين السبق والاقتران. (**خوئي**).

٤. ولا ينبغي ترك الاحتياط بالعمل بمقتضى الرواية، بأن يختار إحداهما ثمّ يطلّقها أو يمسكها بعقد جديد. (**لنكراني**).

٥. مع الجهل بتاريخهما. (**خميني**).

(**مسألة ٤٥**): لو كان عنده أُختان[١] مملوكتان فوطئ إحداهما حرمت عليه الأُخرى حتّى تموت الأُولى، أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، ولو بأن يهبهما من ولده، والظاهر كفاية التمليك الذي له فيه الخيار وإن كان الأحوط اعتبار لزومه، ولا يكفي على الأقوى ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية كالتزويج للغير والرهن والكتابة ونذر عدم المقاربة ونحوها، ولو وطئها من غير إخراج للأُولى لم يكن زنا، فلا يحدّ ويلحق به الولد. نعم يعزّر.

(**مسألة ٤٦**): إذا وطئ الثانية بعد وطء الأُولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم، وحينئذٍ فإن أخرج الأُولى عن ملكه حلّت الثانية مطلقاً وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانية عن ملكه يشترط في حليّة الأُولى أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الأُولى، وإلّا لم تحلّ، وأمّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً، فلا يبعد بقاء الأُولى على حليّتها والثانية على حرمتها، وإن كان الأحوط عدم حلّية الأُولى إلّا بإخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلى الأُولى، وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم.

(**مسألة ٤٧**): لو كانت الأُختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا، فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطء إذا كانتا مملوكتين.

(**مسألة ٤٨**): إذا تزوّج بإحدى الأُختين ثمّ طلّقها رجعيّاً لا يجوز له نكاح الأُخرى إلّا بعد خروج الأُولى عن العدّة، وأمّا إذا كان بائناً، بأن كان قبل الدخول، أو ثالثاً، أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب، أو بالخلع، أو المباراة، جاز له نكاح الأُخرى، والظاهر عدم صحّة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أُختها، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله. نعم لو كان عنده إحدى الأُختين بعقد الانقطاع وانقضت المدّة، لا يجوز له على الأحوط نكاح أُختها في عدّتها وإن كانت بائنة؛ للنصّ الصحيح، والظاهر أنّه كذلك إذا وهب مدّتها وإن كان مورد النصّ انقضاء المدّة.

(**مسألة ٤٩**): إذا زنى بإحدى الأُختين جاز له نكاح الأُخرى في مدّة استبراء الأُولى،

---

١. عدم الابتلاء بهذه المسألة ومثلها ممّا يتعلّق بالإماء والعبيد من المسائل الآتية اقتضى رفع اليد عن الورود فيها والتعرّض لأحكامها. (**لنكراني**).

وكذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أُختها في عدّتها؛ لأنّها بائنة. نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدّة، خصوصاً[١] في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها، من جهة الخبر[٢] الوارد[٣] في تدليس الأُخت التي نامت في فراش أُختها بعد لبسها لباسها.

(**مسألة ٥٠**): الأقوى جواز الجمع بين فاطميّتين[٤] على كراهة، وذهب جماعة من الأخباريّة إلى الحرمة والبطلان بالنسبة إلى الثانية، ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان، فالأحوط الترك، ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الأُولى وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الأُولى عن العدّة، وإن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان؛ لأنّها تكليفيّة، فلا تدلّ على الفساد.

ثمّ الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطميّاً أو لا، كما أنّ الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطميّة من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجري في المنتسب إليها صلوات الله عليها من طرف الأُمّ، خصوصاً إذا كان إنتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات، وكيف كان فالأقوى عدم الحرمة وإن كان النصّ الوارد في المنع

---

١. لم يظهر وجه للخصوصية. (**خوئي**).

٢. هو صحيحة بريد العجلي، وهي غير مربوطة بالمقام، بل يمكن دعوى إشعارها بخلاف ما ذكره. نعم الأحوط ترك وطء الأُخت التي هي زوجته مع وطء أُختها المدلّسة للصحيحة. (**خميني**).

ـ الخبر صحيح، ومثله صحيح زرارة بن أعين في الدلالة على هذا الحكم وإن كان مورده غير صورة التدليس. (**خوئي**).

٣. لكن الخبر يدلّ على النهي عن قرب الزوجة قبل خروج أُختها الموطوءة شبهة عن عدّتها، وهو غير ما نحن فيه، إلّا أن يستفاد منه حكم المقام لعدم الفرق، لكنّه محلّ تأمّل. (**لنكراني**).

٤. الظاهر عدم الفرق بين جمعهما وبين جمع غيرهما من النساء حيث إنّ العلّة المذكورة في الرواية وهي كون الجمع موجباً لمشقّة الزهراء عليها السلام جارية بالنسبة إلى الزوجة الأُولى والحاصل أنّ الرواية ناظرة إلى ما كانت تزويج الثاني موجباً لمشقّة الزوجة الأُولى بعدم رضايتها. (**صانعي**).

صحيحاً[١] على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حمّاد قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا يحلّ لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنّ ذلك يبلغها فيشقّ عليها» قلت: يبلغها؟ قال عليه السلام: «إي والله» وذلك لإعراض المشهور عنه مع أنّ تعليله ظاهر[٢] في الكراهة، إذ لا نسلم أنّ مطلق كون ذلك شاقّاً عليها إيذاء لها حتّى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله: «من آذاها فقد آذاني».

(**مسألة ٥١**): الأحوط ترك تزويج الأمة دواماً مع عدم الشرطين، من عدم التمكّن من المهر للحرّة وخوف العنت بمعنى المشقّة أو الوقوع في الزنا بل الأحوط[٣] تركه متعة أيضاً، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد[٤]. وأمّا مع الشرطين فلا إشكال في الجواز لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ﴾[(أ)] إلى آخر الآية، ومع ذلك الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا، كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل، ولا فرق بين القنّ وغيره. نعم الظاهر جوازه في المبعّضة[٥]؛ لعدم صدق الأمة عليها وإن لم يصدق الحرّة أيضاً.

(**مسألة ٥٢**): لو تزوّجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها، ولو حصلا بعد التزويج جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط.

(**مسألة ٥٣**): لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا أو زال أحدهما لم يبطل، ولا يجب الطلاق.

---

١. النصّ غير صحيح؛ لأنّ في سنده محمد بن علي ماجيلويه وهو لم يوثّق، ومجرّد كونه شيخاً للصدوق لا يدلّ على وثاقته، وعليه فالحكم بالكراهة مبني على قاعدة التسامح. (**خوئي**).

٢. فيه نظر. (**لنكراني**).

٣. لا يترك. (**خميني**).

٤. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٥. فيه تأمّل. (**خميني**).

(أ) النساء (٤): ٢٥.

(**مسألة ٥٤**): لولم يجد الطول أو خاف العنت، ولكن أمكنه الوطء بالتحليل أو بملك اليمين، يشكل جواز التزويج.

(**مسألة ٥٥**): إذاتمكّن من تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها لمرض أو رتق أو قرن أو صغر أو نحو ذلك فكما لم يتمكّن، وكذا لو كانت عنده واحدة من هذه، أو كانت زوجته الحرّة غائبة.

(**مسألة ٥٦**): إذا لم تكفه في صورة تحقّق الشرطين أمة واحدة يجوز الاثنتين، أمّا الأزيد فلا يجوز كما سيأتي.

(**مسألة ٥٧**): إذا كان قادراً على مهر الحرّة، لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه[1]، فكصورة عدم القدرة[2]؛ لقاعدة نفي الضرر، نظير سائر المقامات، كمسألة وجوب الحجّ إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقّف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فإنّ الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً على ذلك، والأحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة ممّا يضرّ بحاله لا مطلقاً.

---

١. بل حرجاً عليه، وكذا في أمثال المقام، وأمّا قاعدة الضرر ففيها إشكال. (**خميني**).

ـ بل حرجاً عليه وكذا في أمثال المقام. (**صانعي**).

٢. فيه منع، فإنّ قاعدة نفي الضرر إنّما توجب نفي الإلزام لا صحّة العقد، والعبرة في عدم جواز العقد على الأمة إنّما هي القدرة على عقد الحرّة، وهي موجودة هنا. (**خوئي**).

فصل

[في الجمع بين الحرّة والأمة][1]

الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرّة مع إذنها، والأحوط اعتبار الشرطين من عدم الطـول وخوف العنت، وأمّا مع عدم إذنها فلا يجوز، وإن قلنا في المسألة المتقدّمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين، بل هو باطل. نعم لو أجازت بعد العقد صحّ على الأقوى بشرط تـحقّق الشرطين على الأحوط، ولا فرق في المنع بين كـون العـقدين دوامـيّين أو انـقطاعيين أو مختلفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّة وعدمه لمرض أو قرن أو رتق، إلّا مع عدم الشرطين[2]. نعم لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّة قابلة للإذن لصغر أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعيّاً، ولكن الأحوط مع ذلك المنع.

وأمّا العكس وهو نكاح الحرّة على الأمة فهو جائز، ولازم إذا كانت الحرّة عالمة بالحال، وأمّا مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة وفسخها ورجوعها إلى أهلها، والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرّماً.

(**مسألة ١**): لو نكح الحرّة والأمة في عقد واحد مع علم الحرّة صحّ، ومع جهلها صـحّ بالنسبة إليها وبطل بالنسبة إلى الأمة، إلّا مع إجازتها، وكذا الحال لو تزوّجهما بعقدين في زمان واحد على الأقوى.

---

١. قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلين التاليين ممّا تتعلّق بالعبيد والامـاء لعـدم الابـتلاء بـهما. (**صانعي**).

٢. هذه الجملة زائدة، أو أنّ في العبارة تقديماً وتأخيراً. (**خوئي**).

(**مسألة ٢**): لا إشكال في جواز نكاح المبعّضة على المبعّضة، وأمّا على الحرّة ففيه إشكال وإن كان لا يبعد جوازه؛ لأنّ الممنوع نكاح الأمة على الحرّة، ولا يصدق الأمة على المبعّضة وإن كان لا يصدق أنّها حرّة أيضاً.

(**مسألة ٣**): إذا تزوّج الأمة على الحرّة فماتت الحرّة أو طلّقها أو وهب مدّتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحّة، بل لابدّ من العقد على الأمة جديداً إذا أراد.

(**مسألة ٤**): إذا كان تحته حرّة فطلّقها طلاقاً بائناً، يجوز له نكاح الأمة في عدّتها، وأمّا إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال وإن كان لا يبعد الجواز[1]؛ لانصراف الأخبار عن هذه الصورة.

(**مسألة ٥**): إذا زوّجه فضوليّ حرّة، فتزوّج أمة ثمّ أجاز عقد الفضولي، فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمة على الحرّة، فلا مانع منه، وعلى الكشف مشكل.

(**مسألة ٦**): إذا عقد على حرّة وعقد وكيله له على أمة وشكّ في السابق منهما لا يبعد صحّتهما، وإن لم تجز الحرّة والأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرّة.

(**مسألة ٧**): لو شرط في عقد الحرّة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صحّ، ولكن إذا لم تأذن لم يصحّ، بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة[2].

---

١. هذا إذا لم يرجع إليها بعد التزويج بالأمة، وإلّا فالحكم بالجواز بعيد جدّاً. (**خوئي**).

٢. لا أثر لهذا الشرط إلّا أن يرجع إلى اشتراط الوكالة للزوج في الإذن من قبلها. (**خوئي**).

فصل

[في نكاح العبيد والإماء][1]

(**مسألة ١**): أمر تزويج العبد والأمة بيد السيّد، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك، ولا يجوز لهما العقد على نفسهما من غير إذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك، حتّى لو كان لهما أب حرّ، بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً[2]، إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر ولو لا مع إجازة المولى. نعم لو كان ذلك بتوقّع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمته؛ لأنّه ليس تصرّفاً في مال الغير عرفاً، كبيع الفضوليّ مال غيره، وأمّا عقدهما على نفسهما من غير إذن المولى ومن غيرهما[3] بتوقّع الإجازة، فقد يقال بحرمته[4]؛ لسلب قدرتهما وإن لم يكونا مسلوبي العبارة، لكنّه مشكل؛ لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك، وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولة، فإنّه ليس بحرام على الأقوى وإن قيل بكونه حراماً.

(**مسألة ٢**): لو تزوّج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صحّ، وكذا الأمة على الأقوى، والإجازة كاشفة، ولا فرق في صحّته بها بين أن يكون بتوقّعها أو لا،

---

١. قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلين التاليين ممّا تتعلّق بالعبيد والإماء؛ لعدم الابتلاء بهما. (**خميني**).

٢. ليس هذا حراماً شرعياً، بل هو داخل في نيّة المعصية وهي نوع من التجرّي. (**خوئي**).

٣. في العبارة تشويش والمراد ظاهر فإن موضع هذه العبارة قبل سطرين، يعني بعد قوله:، «نعم لو كان ذلك» كما يظهر وجهه بأدنى تأمّل. (**خوئي**).

٤. لا وجه للقول بالحرمة أصلاً، فإن سلب القدرة لا يكون منشأ للحرمة، وإنّما يكون منشأ لعدم النفوذ. (**خوئي**).

بل على الوجه المحرّم، ولا يضرّه النهي؛ لأنّه متعلّق بأمر خارج[1] متّحد، والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازة فلا تنفع الإجازة[2] بعد الردّ، وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالردّ بعد العقد أو لا؟ وجهان، أقواهما الثاني.

(**مسألة ٣**): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج، فالمهر إن لم يعيّن في عين يكون في ذمّة المولى، ويجوز أن يجعله في ذمّة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه، وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشكال، كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمّة العبد من غير رضاه، وأمّا لو أذن له في التزويج فإن عيّن كون المهر في ذمّته، أوفي ذمّة العبد، أو في عين معيّن تعيّن، وإن أطلق ففي كونه في ذمّته، أو ذمّة العبد مع ضمانه له وتعهّده أداءه عنه، أو كونه في كسب العبد وجوه، أقواها الأوّل؛ لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وكون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء وكونه كلّاً على مولاه من لوازم الإذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة، ويدلّ عليه أيضاً في المهر رواية عليّ بن أبي حمزة، وفي النفقة موثّقة عمّار الساباطي، ولو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر على المولى أو بتعهّده، أو لا، وجهان.

ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمّته فلا دخل له بالمولى وإن أجاز العقد، أو في مال معيّن من المولى أو في ذمّته، فيكون كما عيّن أو أطلق فيكون على المولى، ثمّ إنّ المولى إذا أذن فتارة: يعيّن مقدار المهر وتارة: يعمّم وتارة: يطلق، فعلى الأوّلين لا إشكال، وعلى الأخير ينصرف إلى المتعارف، وإذا تعدّى وقف على إجازته وقيل يكون الزائد في ذمّته يتبع به بعد العتق، وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة فإنّه إن لم يعيّن ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعة، فإن تعدّى وقف على إجازته.

(**مسألة ٤**): مهر الأمة المزوّجة للمولى، سواء كان هو المباشر أو هي بإذنه أو بإجازته،

---

١. التعليل ضعيف جدّاً، والصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمة فهي في المعاملات لا توجب الفساد. (**خوئي**).

٢. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

ونفقتها على الزوج إلّا إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها، أو اشترط كونها عليه، وللمولى استخدامها بما لا ينافي حقّ الزوج، والمشهور أنّ للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلّي بينها وبين الزوج ليلاً، ولا بأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار[1]، ولو اشترطا غير ذلك فهما على شرطهما، ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيّد؟ قد يقال: ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها، فإنّه يجوز له من دون إذن الزوج، والأقوى العكس[2]؛ لأنّ السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيّة والرجال قوّامون على النساء، وأمّا العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته إلّا ما كان واجباً عليه، من الوطء في كلّ أربعة أشهر، ومن حقّ القسم.

(**مسألة ٥**): إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صحّ على الأقوى من ملكيّة العبد والأمة وإن كان للمولى أن يتملّك ماملكاه، بل الأقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكيّة طوليّة.

(**مسألة ٦**): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر، توقّف صحّة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم ولو كانا مبعّضين توقّف على إذنهما وإذن المالك وليس له إجبارهما حينئذٍ.

(**مسألة ٧**): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وتستحقّ المهر إن كان ذلك بعد الدخول، وأمّا إن كان قبله ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو ثبوت تمامه[3]، وجوه مبنيّة على أنّه بطلان أو انفساخ، ثمّ هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا؟ وعلى السقوط كلّاً إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمّة السيّد بطل الشراء للزوم خلوّ البيع عن العوض. نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول؛ لاستقرار المهر حينئذٍ، وعن العلّامة في

---

١. لكنّه ضعيف، والأوجه ما ذكره أوّلاً. (**خوئي**).

٢. بل الأقوى عدم الجواز لكلّ من السيّد والزوج بدون إذن الآخر؛ لأنّ لكلّ منهما حقّ الانتفاع من الأمة، أحدهما بالاستخدام والآخر بالاستمتاع، ولا يجوز لواحد منهما تفويت حقّ الآخر بدون رضاه. وأمّا الأمة فبما أنّه يجب عليها إطاعة زوجها وإطاعة سيّدها ففي صورة المعارضة بينهما يدور أمرها بين المحذورين، ولا يبعد تقديم حقّ السيّد؛ لاحتمال أهمّيته. (**خوئي**).

٣. لا يبعد أنّه المتعيّن. (**خوئي**).

«القواعد» البطلان إذا اشترته بالمهر الذي في ذمّة العبد وإن كان بعد الدخول؛ لأنّ تملّكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر فيخلو البيع عن العوض، وهو مبنيّ على عدم صحّة ملكيّة المولى في ذمّة العبد، ويمكن منع عدم الصحّة مع أنّه لا يجتمع ملكيّتها له ولما في ذمّته، بل ينتقل ما في ذمّته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

(**مسألة ٨**): الولد بين المملوكين رقّ، سواء كان عن تزويج مأذون فيه أو مجاز أو عن شبهة مع العقد أو مجرّدة أو عن زنا منهما أو من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أو عند أحدهما، وأمّا إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ إذا كان عن عقد صحيح أو شبهة مع العقد أو مجرّدة حتّى فيما لو دلّست الأمة نفسها بدعواها الحرّية فتزوّجها حرّ على الأقوى[1]، وإن كان يجب عليه حينئذٍ دفع قيمة الولد إلى مولاها، وأمّا إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحرّ بفساد العقد أو عن زنا من الحرّ أو منهما فالولد رقّ[2]، ثمّ إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له وإن كان كلّ منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّة[3] إلّا إذا اشترطا[4] التفاوت أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما[5]، وأمّا إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنّه كذلك، ولكن المشهور أنّ الولد حينئذٍ لمن لم يأذن ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الإذن بحيث يستفاد منه إسقاط حقّ نمائيّة الولد، حيث إنّ مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّة، وإلّا فلا وجه له، وكذا لو كان الوطء شبهة منهما،

---

١. فيه تفصيل يأتي. (**خوئي**).

٢. هذا إذا كانت الأُمّ أمة، وأمّا إذا كانت الأُمّ حرّة فلا يبعد أن يكون الولد حراً وإن كانت زانية أو عالمة بفسادالعقد، وسيأتي منهﷺ في المسألة ١٤ الفرق بين‌الزنا وفساد العقد، على خلاف ما ذكره هنا.(**خوئي**).

٣. لا يبعد أن يكون الولد لمالك الأمة على أساس أنّه نماؤها، كما هو الحال في سائر الحيوانات.(**خوئي**).

٤. الظاهر أنّه لا أثر لهذاالاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجة، وبذلك يظهر حال ما بعده.(**خوئي**).

٥. لعلّه يريد بذلك وبما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطء شبهة، وإلّا فهو داخل في ذيل المسألة وهو قول الماتن: «وأمّا لو كان الولد عن زنا من العبد...». (**خوئي**).

سواء كان مع العقد أو شبهة مجرّدة، فإنّ الولد مشترك. وأمّا لو كان الولد عن زنا من العبد، فالظاهر عدم الخلاف في أنّ الولد لمالك الأمة، سواء كان من طرفها شبهة أو زنا.

(**مسألة ٩**): إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ، لا يصحّ اشتراط رقيّته على الأقوى في ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقد خارج لازم، ولا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج، وأمّا إن كان في ضمن عقد التزويج فمبنيّ على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه، والأقوى عدمه، ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده؛ لأنّ في سائر العقود يمكن جبر تخلّف شرطه[1] بالخيار بخلاف المقام، حيث إنّه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح. نعم مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً.

(**مسألة ١٠**): إذا تزوّج حرّ أمة من غير إذن مولاها حرم عليه وطؤها وإن كان بتوقّع الإجازة، وحينئذٍ فإن أجاز المولى كشف عن صحّته على الأقوى من كون الإجازة كاشفة، وعليه المهر والولد حرّ ولا يحد حدّ الزنا وإن كان عالماً بالتحريم، بل يعزّر، وإن كان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة[2] وعدم التعزير أيضاً، وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج ويحدّ حينئذٍ حدّ الزنا، إذا كان عالماً بالحكم ولم يكن مشتبهاً من جهة أُخرى وعليه المهر بالدخول وإن كانت الأمة أيضاً عالمة على الأقوى[3]، وفي كونه المسمّى أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير، ويكون الولد لمولى الأمة، وأمّا إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً من جهة أُخرى فلا يحدّ ويكون الولد حرّاً. نعم ذكر بعضهم أنّ عليه قيمته يوم سقط حيّاً[4]، ولكن لا دليل عليه في المقام، ودعوى: أنّه تفويت لمنفعة الأمة،

---

١. الشرط الفاسد لا يوجب الخيار في سائر العقود أيضاً. (**خوئي**).

٢. بل الظاهر هو التحريم، ولا ينافي ذلك الحكم بعدم الحرمة بعد الإجازة، وكذلك الحال في التعزير إلّا إذا فرض أنّه كان مشتبهاً. (**خوئي**).

٣. في ثبوت المهر في هذا الفرض إشكال، بل منع كما تقدّم منه أيضاً في المسألة ١٥ من فصل عدم جواز التزويج في عدّة الغير. (**خوئي**).

٤. هذا هو الصحيح لمعتبرة سماعة وغيرها، وعليه فمن الغريب من الماتن ﷺ حيث إنّه نفى الدليل ←

كماترى، إذ التفويت إنّما جاء من قبل حكم الشارع بالحريّة وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولّد، بل مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد؛ لأنّه انعقد حرّاً فيكون التفويت في ذلك الوقت.

(**مسألة ١١**): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يردّه أيضاً حتّى مات، فهل يصحّ إجازة وارثه له أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم؛ لأنّها على فرضها كاشفة ولا يمكن الكشف هنا؛ لأنّ المفروض أنّها كانت للمورّث وهو نظير من باع شيئاً ثمّ ملك[١].

(**مسألة ١٢**): إذا دلّست أمة فادّعت: أنّها حرّة، فتزوّجها حرّ ودخل بها ثمّ تبيّن الخلاف، وجب عليه المفارقة وعليه المهر لسيدها وهو العشر ونصف العشر على الأقوى، لا المسمّى ولا مهر المثل، وإن كان أعطاها المهر استردّ منها إن كان موجوداً، وإلّا تبعت به بعد العتق[٢]، ولو جاءت بولد ففي كونه حرّاً أو رقّاً لمولاها قولان، فعن المشهور أنّه رقّ، ولكن يجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته، وإن أبى وجب على الإمام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال، والأقوى كونه حرّاً كما في سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنّه لا إشكال في كون الولد حرّاً، فلا خصوصية لهذه الصورة، والأخبار الدالّة على رقيّته[٣]

← عليه في المقام، وذلك لأنّ مورد الروايات هو هذا المقام، وهو ما إذا كان الواطئ جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً. (**خوئي**).

١. ليس المقام نظير ذلك، بل هو نظير ما إذا بيع دار زيد فضولاً من عمرو ثمّ انتقلت الدار منه إلى بكر ببيع أو نحوه فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً، هذا مضافاً إلى أنّه قد ثبت صحّة العقد فيمن باع شيئاً ثمّ ملك بالنصّ، وأمّا المقام فلا نصّ فيه، ومقتضى القاعدة فيه هو البطلان. (**خوئي**).

٢. هذا الحكم وإن كان مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات، إلّا أنّه مشكلٌ جدّاً، بل لا يبعد عدمه بمقتضى قوله عليه السلام في صحيحة الوليد بن صبيح: «وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها» فإنّه ينافي ثبوت شيء عليها في ذمّتها. (**خوئي**).

٣. الصحيح في المقام أن يقال: إن مقتضى عدّة من الروايات العامّة: أنّ الولد حرّ إذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطء صحيحاً ولو كان شبهة، ولكن لابدّ من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الواردة في المقام المفصّلة بين ما إذا كان الوطء بالشبهة مستنداً إلى بيّنة شرعية وما إذا لم يكن مستنداً إليها، فعلى الأوّل: الولد حرّ، وعلى الثاني: رقّ.

←

منزّلة على أنّ للمولى أخذه ليتسلّم القيمة ؛ جمعاً بينها وبين ما دلّ على كونه حرّاً، وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة أو السعي أو دفع الإمامعليه السلام، لموثّقة سماعة.

هذا كلّه إذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرّة، وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رقّ ؛ لأنّه من زنا حينئذٍ، بل وكذا لو علم سبق رقّيّتها فادّعت: أنّ مولاها أعتقها، ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان، فإنّ الوطء حينئذٍ أيضاً لا يجوز ؛ لاستصحاب بقائها على الرقّيّة[1]. نعم لو لم يعلم سبق رقّيّتها جاز له التعويل على قولها، لأصالة الحرّية فلو تبيّن الخلاف لم يحكم برقّيّة الولد، وكذا مع سبقها مع قيام البيّنة على دعواها.

(**مسألة ١٣**): إذا تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحقّ مهراً ولا نفقة، بل الظاهر أنّها تحدّ حدّ الزنا إذا كانت عالمة بالحال وأنّه لا يجوز لها ذلك. نعم لو كان ذلك لها بتوقّع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذٍ بحيث تكون شبهة في حقّها لم تحدّ، كما أنّه كذلك إذا علمت بمجيء الإجازة[2]، وأمّا إذا كان بتوقّع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدّ مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت فإنّها تعزّر حينئذٍ لمكان تجرّيها[3]، وإذا جاءت بولد فالولد

← فهذه الصورة بمقتضى هذه الروايات خارجة عن تلك المطلقات، رغم أنّ الوطء فيها كان بشبهة. نعم يجب على أبيه أن يفكّه عن الرقية بإعطاء قيمته لمولى الأمة يوم سقط حياً، وهو اليوم الذي يصير إليه كما في موثّقة سماعة، وإن لم يكن عند الأب ما يفكّه به سعى في قيمته، وإن أبى فعلى الإمامعليه السلام أن يفديه، وبذلك يظهر الحال فيما بعده. (**خوئي**).

١. هذا إذا لم تكن شبهة، وإلّا كما إذا اعتقد أنّ قولها حجّة فتزوّجها ثمّ وطأها، كان الوطء وطء شبهة، وحكمه ما عرفت بالإضافة إلى الولد، يعني أنّ الولد رقّ، ولكن يجب على أبيه فكّه على ما تقدّم. (**خوئي**).

٢. مجرّد العلم بتحقّق الإجازة فيما بعد لا يوجب سقوط الحدّ عنها ما لم تتحقّق في الخارج، إلّا إذا كانت مشتبهة وكانت معتقدة بالجواز في هذا الفرض. (**خوئي**).

٣. بل لارتكابها المحرّم واقعاً في ظرفه. (**خوئي**).

لمولى العبد مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً أيضاً؛ لقاعدة النمائية[1] بعد عدم لحوقه بالحرّة، وأمّا إذا كانت جاهلة بالحال فلا حدّ والولد حرّ وتستحقّ عليه المهر يتبع به بعد العتق.

(**مسألة ١٤**): إذا زنى العبد بحرّة من غير عقد، فالولد حرّ وإن كانت الحرّة أيضاً زانية، ففرق بين الزنا المجرّد عن عقد[2] والزنا المقرون به مع العلم بفساده، حيث قلنا إنّ الولد لمولى العبد.

(**مسألة ١٥**): إذا زنى حرّ بأمة فالولد لمولاها وإن كانت هي أيضاً زانية، وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فإنّ الولد لمولاها.

(**مسألة ١٦**): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده، وكذا يجوز له أن ينكحه إيّاها، والأقوى أنّه حينئذٍ نكاح لا تحليل، كما أنّ الأقوى كفاية أن يقول له: أنكحتك فلانة، ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد؛ لإطلاق الأخبار، ولأنّ الأمر بيده فإيجابه مغن عن القبول، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك[3] في سائر المقامات مثل الوليّ والوكيل عن الطرفين، وكذا إذا وكّل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل: أنكحت أمة موكّلي لعبده فلان، أو أنكحت عبد موكّلي أمته، وأمّا لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الإيجاب والقبول.

(**مسألة ١٧**): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة إلى الطلاق، بل يكفي أمره إيّاهما

---

١. لم تثبت هذه القاعدة في طرف العبد، وإنّما هي ثابتة من طرف الأمة، وعلى تقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرّد عن العقد الفاسد والزنا المقرون به، ولا دليل على هذا الفرق أصلاً. وأمّا إذا كان المدرك لذلك رواية العلاء بن رزين فهي ضعيفة سنداً، ولو تمّت الرواية لم يختصّ الحكم بصورة العلم، بل يعمّ صورة الجهل أيضاً، مع أنّ الماتن‌ﷺ قد حكم في صورة جهل المرأة بكون الولد حرّاً.(**خوئي**).

٢. تقدّم أنّه لا فرق بينهما، وأنّ الولد حرّ على التقديرين كما أنّه تقدّم منه‌ﷺ عدم الفرق بينهما وأنّ الولد رقّ على التقديرين في المسألة ٨ من هذا الفصل. (**خوئي**).

٣. بل هو بعيد. (**خوئي**).

بالمفارقة ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً، بأن يأمر عبده بطلاقها وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً[١].

(**مسألة ١٨**): إذا زوّج عبده أمته يستحبّ أن يعطيها شيئاً[٢]، سواء ذكره في العقد أو لا، بل هو الأحوط، وتملك الأمة ذلك بناءً على المختار من صحّة ملكيّة المملوك إذا ملّكه مولاه أو غيره.

(**مسألة ١٩**): إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق، والظاهر كفاية أمر أحدهم[٣] في ذلك.

(**مسألة ٢٠**): إذا زوّج الأمة غير مولاها من حرّ فأولدها جاهلاً بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها وقيمة الولد، ويرجع بها على ذلك الغير[٤]؛ لأنّه كان مغروراً من قبله، كما أنّه إذا غرّته الأمة بتدليسها ودعواها الحرّية تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق[٥]، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريّتها.

(**مسألة ٢١**): لو تزوّج أمة بين شريكين بإذنهما ثمّ اشترى حصّة أحدهما أو بعضها أو بعضاً من حصّة كلّ منهما بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها، وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها، وهل يجوز له وطؤها إذا حلّلها الشريك قولان، أقواهما نعم؛ للنصّ، وكذا لا يجوز وطء من بعضه حرّ إذا اشترى نصيب الرقّيّة لا بالعقد ولا بالتحليل منها. نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتّع بها في الزمان الذي لها؛ عملاً بالنصّ الصحيح وإن كان الأحوط خلافه.

---

١. الإشكال ضعيف جدّاً. (**خوئي**).

٢. لا يبعد وجوبه. (**خوئي**).

٣. لا يخلو عن إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. لا دليل عليه؛ لأنّ قاعدة الغرور غير ثابتة مطلقاً، والرواية الدالّة على ذلك ضعيفة سنداً، بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحة الوليد عدم وجوب شيء عليه غير المهر. (**خوئي**).

٥. لا دليل على ذلك، وتقدّم الكلام في نظير ذلك. (**خوئي**).

فصل
في الطوارئ

وهي العتق والبيع والطلاق. أمّا العتق، فإذا أعتقت الأمة المزوّجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد، بل مطلقاً وإن كانت تحت حرّ على الأقوى[1]، والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع. نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلّها، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى. نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مدّة كان لها الخيار.

(**مسألة ١**): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها أو لها، أو تابع للجعل في العقد؟ فإن جعل لها فلها، وإلّا فله، ولمولاها في الصورة الأُولى تملّكه كما في سائر الموارد، إذ له تملّك مال مملوكه بناءً على القول بالملكيّة، لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها وأمّا بعد انعتاقها فليس له ذلك، وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه، أقواها الأخير وإن كان مقتضى الفسخ الأوّل، وذلك لعدم معلوميّة كون المقام من باب الفسخ؛ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة، والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

(**مسألة ٢**): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده، فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق ففي كونه لها أو له قولان، أقواهما الثاني؛ لأنّه ثابت بالعقد وإن كان يستقرّ بالدخول والمفروض أنّها كانت أمة حين العقد.

(**مسألة ٣**): لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما

---

١. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

إذا عيّن في العقد، وإن كان بتفويض البضع فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين[١] فحاله حال ما إذا عيّن حين العقد، وإن كان قبل الدخول فالظاهر أنّ المهر لها؛ لأنّه يثبت حينئذٍ بالدخول والمفروض حرّيّتها حينه.

(**مسألة ٤**): إذا كان العتق في العدّة الرجعيّة فالظاهر أنّ الخيار باق، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذٍ، وإن اختارت البقاء بقي له حقّ الرجوع، ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العدّة، بل يكفيها عدّة واحدة، ولكن عليها تتميمها عدّة الحرّة، وإن كانت بائنة فلا خيار لها على الأقوى.

(**مسألة ٥**): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

(**مسألة ٦**): الخيار على الفور على الأحوط[٢] فوراً عرفيّاً. نعم لو كانت جاهلة بالعتق أو بالخيار أو بالفوريّة جاز لها الفسخ بعد العلم ولا يضرّه التأخير حينئذٍ.

(**مسألة ٧**): إن كانت صبيّة أو مجنونة فالأقوى أنّ وليّها يتولّى خيارها.

(**مسألة ٨**): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

(**مسألة ٩**): ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون المولى هو المباشر لتزويجها، أو أذنها فاختارت هي زوجاً برضاها، ولكن يمكن دعوى انصراف الأخبار[٣] إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها.

(**مسألة ١٠**): لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحّته[٤].

---

١. لا يبعد أن يكون المراد أحدهما، بمعنى أنّه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول، يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد. (**خوئي**).

٢. وإن كان الأظهر عدم فوريته. (**خوئي**).

٣. لا وجه لهذه الدعوى. (**خوئي**).

٤. هذا الشرط وإن كان صحيحاً ويجب عليها العمل به، إلّا أنّها إذا فسخت كان فسخها مؤثّراً وموجباً لبطلان العقد. (**خوئي**).

(**مسألة ١١**): لو أُعتق العبد لا خيار له ولا لزوجته.

(**مسألة ١٢**): لو كان عند العبد حرّة وأمتان فأُعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان[١]، وعلى الأوّل إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها؟ وجهان، وكذا إذا كان عنده ثلاث[٢] أو أربع إماء[٣] فأُعتقت إحداها، ولو أُعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعة ففي كون الزوج مخيّراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأوّل للزوجات فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع، وجوه[٤].

---

١. الأظهر هو الوجه الأوّل، وعليه فإن اختارت الفسخ بطل نكاحها فحسب، وإن اختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعة، كما مرّ نظيره سابقاً. (**خوئي**).

٢. هذا من سهو القلم، فإنّه إذا اعتقت واحدة منها فلا مانع من الجمع بينها وبين الأمتين الباقيتين، حيث إنّه من الجمع بين حرّة وأمتين. (**خوئي**).

٣. يظهر حكم ذلك ممّا تقدّم. (**خوئي**).

٤. قد عرفت أنّ الأظهر هو ثبوت الخيار لهنّ جميعاً، فإن اخترن البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعة، وإن اخترن الفسخ بطل نكاحهن جميعاً، وبذلك يظهر حال التبعيض.

تتمّة

إنّ الماتن ﷺ لم يتعرّض لحكم البيع والطلاق، فالمناسب أن نتعرّض له فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجة كان ذلك طلاقاً، سواء كان زوجها حرّاً أم كان عبداً، ولكن يتخيّر المشتري بين إمضاء عقد النكاح وفسخه، والمشهور على أنّ خياره فوري وفيه إشكال بل منع.

نعم إذا أمضى المشتري العقد ولم يفسخه سقط خياره وليس له الفسخ بعد ذلك، وكذلك العبد المزوّج من أمته، فإذا بيع كان ذلك طلاق زوجته وكان للمشتري الخيار، وأمّا لو كانت زوجته حرّة فبيع، فالمشهور أنّ بيعه أيضاً طلاق زوجته، إلّا أنّه لا يخلو عن إشكال بل منع، وإذا زوّج المولى عبده من أمته كان الطلاق بيد المولى، بل له أن يفرّق بينهما بلا طلاق كما مرّ.

وأمّا إذا زوّجه من أمة لغيره أو حرّة أو تزوّج العبد بإذنه، فالطلاق بيد العبد وليس للمولى إجباره على الطلاق، ولو بيعت الأمة المطلّقة أثناء عدّتها أتمّت العدة، وهل عليها الاستبراء زائداً على ذلك؟ قيل: نعم، ولكن الأظهر عدم لزومه. (**خوئي**).

فصل
في العقد وأحكامه

(**مسألة ١**): يشترط في النكاح الصيغة، بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيّين، فلا يكفي التراضي الباطنيّ ولا الإيجاب والقبول الفعليّين، وأن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحوط[١]، فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان[٢] بما يدلّ[٣] على إرادة الدوام، ويشترط العربيّة مع التمكّن منها ولو بالتوكيل[٤] على الأحوط. نعم مع عدم التمكّن منها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة إذا أتى بترجمة اللفظين[٥] من النكاح والتزويج، والأحوط اعتبار الماضويّة وإن كان الأقوى عدمه، فيكفي المستقبل والجملة الخبريّة كأن يقول: أُزوّجك، أو أنا مزوّجك فلانة، كما أنّ الأحوط تقديم الأيجاب على القبول وإن كان الأقوى جواز[٦]

---

١. هذا الاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٢. أو عدم ذكر الأجل، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه. (**لنكراني**).

٣. أي يجعله ظاهراً في الدوام، ومع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط. (**خميني**).

ـ أي يجعله ظاهراً في الدوام. (**صانعي**).

٤. وإن كان الجواز مع عجز نفسه لا يخلو من قوّة وإن تمكّن من التوكيل. (**خميني ـ صانعي**).

ـ والظاهر هو الجواز للعاجز، وإن تمكّن من التوكيل، بل مطلقاً ولو لغير العاجز، ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط. (**لنكراني**).

٥. أو لفظ المتعة. (**لنكراني**).

٦. في خصوص ما يدلّ على إنشاء النكاح، مثل «تزوّجت» لا ما يدلّ على المطاوعة، كـ«قبلت» و«رضيت». (**لنكراني**).

العكس[١] أيضاً، وكذا الأحوط[٢] أن يكون الإيجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج وإن كان الأقوى جواز العكس، وأن يكون القبول بلفظ «قبلت» ولا يبعد كفاية «رضيت»[٣] ولا يشترط ذكر المتعلّقات فيجوز الاقتصار على لفظ «قبلت» من دون أن يقول: قبلت النكاح لنفسي أو لموكّلي بالمهر المعلوم، والأقوى كفاية الإتيان بلفظ الأمر كأن يقول: زوّجني فلانة، فقال: زوّجتكها، وإن كان الأحوط[٤] خلافه[٥].

(**مسألة ٢**): الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة[٦] مع قصد الإنشاء وإن تمكّن من التوكيل على الأقوى.

(**مسألة ٣**): لا يكفي[٧] في الإيجاب والقبول الكتابة.

(**مسألة ٤**): لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول في ألفاظ[٨] المتعلّقات، فلو قال: أنكحتك فلانة، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى، وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المعلوم، وهكذا في سائر المتعلّقات.

(**مسألة ٥**): يكفي على الأقوى في الإيجاب لفظ «نعم» بعد الاستفهام، كما إذا قال:

---

١. بمثل «تزوّجت» لا بمثل «قبلت». (**خميني ـ صانعي**).

٢. لا يترك. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا يترك، خصوصاً إذا كانت المادّة التزويج دون النكاح ونحوه. (**لنكراني**).

٣. ومثله كـ«تزوّجتك» و«نكحتك». (**لنكراني**).

٤. لا يترك الاحتياط. (**خوئي**).

ـ لا يترك. (**لنكراني**).

٥. لا يترك. (**خميني ـ صانعي**).

٦. وبتحريك لسانه أيضاً. (**خوئي**).

٧. بالإضافة إلى المختار القادر على التكلّم، وأمّا العاجز فعدم الكفاية بالنسبة إليه محلّ إشكال، بل لا يبعد تقدّمها على الإشارة الكافية في الأخرس. (**لنكراني**).

٨. بل في نفس ألفاظ الإيجاب والقبول أيضاً، فيجوز القبول بلفظ «نكحت» إذا كان الإيجاب بلفظ «زوّجت» وكذا العكس. (**لنكراني**).

زوّجتني فلانة بكذا؟ فقال: نعم، فقال **الأوّل**: قبلت، لكن الأحوط[١] عدم الاكتفاء[٢].

(**مسألة ٦**): إذا لحن في الصيغة فإن كان مغيّراً للمعنى لم يكف، وإن لم يكن مغيّراً فلا بأس به، إذا كان في المتعلّقات وإن كان في نفس اللفظين، كأن يقول: جوّزتك[٣]، بدل «زوّجتك» فالأحوط[٤] عدم الاكتفاء به، وكذا اللحن في الإعراب.

(**مسألة ٧**): يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة.

(**مسألة ٨**): لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى الصيغة تفصيلاً، بأن يكون مميّزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي[٥] علمه إجمالاً بأنّ معنى هذه الصيغة إنشاء النكاح والتزويج، لكن الأحوط[٦] العلم التفصيلي.

(**مسألة ٩**): يشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول، وتكفي العرفيّة منها، فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب، كما لا يضرّ الفصل بمتعلّقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

(**مسألة ١٠**): ذكر بعضهم: أنّه يشترط اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس، فقال الموجب: زوّجت فلاناً فلانة، وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت، لم يصحّ، وفيه: أنّه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحّة في الفرض المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة؛ لعدم التخاطب، وإلّا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ، كما إذا خاطبه وهو في مكان

---

١. لا يترك. (**خميني ـ صانعي ـ لنكراني**).

٢. بل لا يبعد أن يكون هو الأظهر. (**خوئي**).

٣. لا يكفي بمثل ذلك ممّا يكون اللحن مغيّراً للمعنى. (**خميني**).

ـ هذا من اللحن المغيّر للمعنى، ولا وجه للاكتفاء به. (**لنكراني**).

٤. بل الأقوى. (**صانعي**).

٥. إذا كان جاهلاً باللغة بحيث لا يفهم أنّ العلقة تحصل بلفظ «زوّجت» مثلاً أو بلفظ «موكلتي» فصحّته محلّ إشكال وإن علم أنّ هذه الجملة لهذا المعنى. (**خميني ـ صانعي**).

٦. لا يترك. (**لنكراني**).

آخر لكنّه يسمع صوته ويقول: قبلت، بلا فصل مضرّ، فإنّه يصدق عليه المعاقدة.

(**مسألة ١١**): ويشترط فيه التنجيز[١] كما في سائر العقود، فلو علّقه على شرط أو مجيء زمان بطل. نعم لو علّقه على أمر محقّق معلوم كأن يقول: إن كان هذا يوم الجمعة زوّجتك فلانة، مع علمه بأنّه يوم الجمعة صحّ، وأمّا مع عدم علمه فمشكل.

(**مسألة ١٢**): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أرادا البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط[٢] الطلاق[٣]، وإن كان يمكن التمسّك بأصالة[٤] عدم التأثير[٥] في الزوجيّة، وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي، فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحّته، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

(**مسألة ١٣**): يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكالة أو ولاية أو فضولاً، فلا اعتبار بعقد الصبيّ ولا المجنون ولو كان أدواريّاً حال جنونه، وإن أجاز وليّه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور، بل لاخلاف فيه لكنّه في الصبيّ الوكيل عن الغير محلّ تأمّل[٦]؛ لعدم الدليل[٧] على سلب

---

١. على الأحوط وإن كان عدم اعتباره فيه كسائر العقود لا يخلو من قوّة. نعم لابدّ وأن لا يصير العقد به سفهياً مثل التعليق على أمر مجهول لا يصير معلوماً إلّا بعد مدّة كثيرة. (**صانعي**).

٢. أي الوجوبي. (**لنكراني**).

٣. هذا الاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٤. يرد على التمسّك بهذا الأصل ـ مضافاً إلى كونه موجباً للخروج عن الفرض ـ أنّ إجراءه في الشبهات الحكمية من وظائف المجتهد، مع أنّ جريان الأصل في الأعدام الأزلية محلّ إشكال. (**لنكراني**).

٥. هذا الأصل ممّا لا أصل له. نعم يجري بعض أُصول أُخر لكن المجري هو المجتهد. (**خميني ـ صانعي**).

٦. بل منع. (**خوئي ـ صانعي**).

٧. بل الدليل هو الإجماع بل الضرورة، كما ادّعاها صاحب الجواهر رحمه الله على كون الصبي مسلوب العبارة، وعليه لا فرق بين هذه الصورة وما إذا كان لنفسه بإذن الولي أو إجازته. (**لنكراني**).

عبارته[١] إذا كان عارفاً بالعربيّة، وعلم قصده حقيقة، وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا، وكذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ أو إجازته أو أجاز هو بعد البلوغ، وكذا لا اعتبار بعقد السكران[٢]، فلا يصحّ ولو مع الإجازة بعد الإفاقة، وأمّا عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان؛ فالمشهور أنّه كذلك، وذهب جماعة إلى الصحّة، مستندين إلى صحيحة ابن بزيع، ولا بأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه؛ لإمكان حملها[٣] على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أنّ المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط.

(**مسألة ١٤**): لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلاً مع إجازة الوليّ، وكذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

(**مسألة ١٥**): لا يشترط الذكورة في العاقد، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة، كما يجوز إجراؤها لنفسها.

(**مسألة ١٦**): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثمّ جنّ أو أُغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصحّ، وكذا لو أوجب ثمّ نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه[٤] عدم صدق المعاقدة والمعاهدة مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلّة.

(**مسألة ١٧**): يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجه يمتاز كلّ منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة، فلو قال: زوّجتك إحدى بناتي[٥]، بطل، وكذا لو قال:

---

١. الأقوى سلب عبارته. (**خميني**).

٢. إذا بلغ سكره إلى حدّ عدم التحصيل والتمييز، بأن لم يلتفت إلى ما يقول، ولعلّه المراد من العبارة بقرينة حمل الرواية الواردة في السّكرى على غير هذه الصورة. (**لنكراني**).

٣. هو بعيد جدّاً، والعمدة دعوى إعراض المشهور، وهي غير ثابتة لعمل جماعة من المتقدّمين بها، على أنّ كبرى هذه الدعوى غير ثابتة. (**خوئي**).

ـ بل لعلّه الظاهر منها. (**لنكراني**).

٤. في جريان الأدلّة في جميع صور المسألة وفروضها إشكال. (**لنكراني**).

٥. من دون قصد لواحدة معيّنة أيضاً. (**لنكراني**).

زوّجت بنتي أحد ابنيك أو أحد هذين، وكذا لو عيّن[١] كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر، بل وكذا لو عيّنا معيّناً من غير معاهدة بينهما، بل من باب الاتّفاق، صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر، وأمّا لو كان ذلك مع المعاهدة[٢] لكن لم يكن[٣] هناك دالّ على ذلك، من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية[٤] مفهمة، فلا يبعد الصحّة وإن كان الأحوط خلافه، ولا يلزم تميّز ذلك المعيّن عندهما حال العقد، بل يكفي التميّز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوّجتك بنتي الكبرى، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنتين لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم. نعم إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان[٥]؛ لانصراف الأدلّة عن مثله، فالقول بالصحّة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

(**مسألة ١٨**): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة[٦] أُخذ بما هو المقصود وأُلغي ما وقع غلطاً، مثلاً لو قال: زوّجتك الكبرى من بناتي فاطمة، وتبيّن أنّ اسمها خديجة صحّ[٧] العقد على خديجة التي هي الكبرى، ولو قال: زوّجتك فاطمة وهي الكبرى، فتبيّن أنّها

---

١. أي في القصد والنيّة. (**لنكراني**).

٢. إذا تقاولا وتعاهدا على معيّن فعقدا بلا فصل مبنيّاً عليه، فالظاهر الصحّة، كما إذا قال بعد ذلك: زوّجت بنتي منك، لكنّه من قبيل القرينة الخارجية الحافّة بالكلام. نعم لو قال بعد التعاهد: زوّجت إحدى بناتي، يشكل الصحّة. (**خميني ـ صانعي**).

٣. ولم يكن في اللفظ أيضاً ما يدلّ بظاهره على خلافه، مثل أن يقول بعد التعاهد على معيّنة: «زوّجتك إحدى بناتي»، فإنّ الظاهر البطلان في مثل هذا الفرض. (**لنكراني**).

٤. أي غير المعاهدة. (**لنكراني**).

٥. محلّ إشكال، فلا يترك التخلّص بالاحتياط. (**خميني ـ صانعي**).

ـ في القوّة إشكال، بل الصحّة غير بعيدة. (**خوئي**).

ـ فيه منع، والاحتياط لا يترك. (**لنكراني**).

٦. لكن إذا كان المقصود العقد على الكبرى فتخيّل أنّ المرأة الحاضرة هي الكبرى فقال: زوّجتك هذه وهي الكبرى، فالصحّة بالنسبة إلى الحاضرة لا تخلو من وجه، لكن لا يترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق. (**خميني ـ صانعي**).

٧. مع كون الكبرى هي المقصودة. (**لنكراني**).

صغرى صحّ على فاطمة؛ لأنّها المقصود[١] ووصفها بأنّها كبرى وقع غلطاً فيلغى، وكذا لو قال: زوّجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرى، فتبيّن أنّ اسمها خديجة أو أنّها صغرى، فإنّ المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنّها كبرى وقع غلطاً فيلغى.

(**مسألة ١٩**): إذا تنازع الزوج والزوجة[٢] في التعيين[٣] وعدمه حتّى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً، فالقول قول مدّعي الصحّة[٤]، كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها، وكما في سائر العقود، وإن اتّفقا الزوج ووليّ الزوجة على أنّهما عيّنا معيّناً، وتنازعا فيه أنّها فاطمة أو خديجة، فمع عدم البيّنة المرجع التحالف[٥]، كما في سائر العقود. نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها، وهي ما إذا كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة، ولم يسمّها عند العقد ولا عيّنها بغير الاسم لكنّه قصدها معيّنه، واختلفا فيها، فالمشهور على الرجوع إلى التحالف الذي هو مقتضى قاعدة الدعاوي، وذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهنّ جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهنّ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذّاء؛ وهي وإن كانت صحيحة إلّا أنّ إعراض[٦]

---

١. أي على تقدير كونها هي المقصودة، كما يستفاد من عبارة الإيجاب أيضاً، وكذلك في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

٢. أي وليّها، والنزاع إنّما هو في التعيين وعدمه بحسب القصد، إذ لا أثر لعدمه في العقد، فمدّعي التعيين إنّما يدّعي صحّة العقد الراجعة إلى وقوع العقد على المعيّن، وخصمه يدّعي البطلان الراجع إلى وقوعه على غير المعيّن، فالنزاع إنّما هو في الوصف، ومدّعي الصحّة مقدّم. (**لنكراني**).

٣. بعد اتّفاقهما في وقوع العقد والاختلاف في التعيين واللا تعيين. (**خميني**).

٤. إذا كان النزاع في وقوع العقد على المعيّن وعدمه كما هو ظاهر العبارة، لم يكن مجال للتمسّك بأصالة الصحّة. (**خوئي**).

ـ بل القول قول مدّعي البطلان لعدم كون المورد مجرىً لأصالة الصحّة فإنّ الشكّ والاختلاف في التعيين الذي يكون من أركان صحّة العقد. (**صانعي**).

٥. ويترتّب عليه سقوط الدعوى فقط، فليس لكلّ من طرفي الدعوى إلزام الآخر بما يدعيه، وأمّا كون التحالف موجباً لانفساخ العقد كما في الجواهر فمحلّ منع، بل اللازم على كلّ منهما أن يعمل بما هو وظيفته في الواقع. (**خوئي**).

٦. لم يثبت الإعراض. (**لنكراني**).

المشهور عنها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو عن قوّة[١]، ومع ذلك الأحوط[٢] مراعاة الاحتياط وكيف كان لا يتعدّى عن موردها.

(**مسأله ٢٠**): لا يصحّ نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريّته أو أُنوثيّته، وذلك لانصراف[٣] الأدلّة[٤] كما لا يصحّ البيع[٥] أو الشراء منه ولو بتولّي الوليّ وإن قلنا بصحّة الوصيّة له عهديّة، بل أو تمليكية أيضاً.

(**مسألة ٢١**): لا يشترط في النكاح علم كلّ من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر؛ ممّا يختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلّته، فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجري قاعدة الغرر هنا.

---

١. إنّ هنا مسألتين قد خلط الماتن بينهما: الأُولى ما إذا اتّفق الزوج وأب البنات على وقوع العقد على بنت معيّنة ثمّ اختلفا، فادّعى الأب أنّها الكبرى مثلاً وادّعى الزوج أنّها الصغرى. ففي هذه المسألة ينتهي الأمر مع عدم البيّنة إلى التحالف لا محالة، بلا فرق بين رؤية الزوج إيّاهنّ وعدم رؤيته، ولم ينسب القول بالبطلان فيها في فرض عدم الرؤية، وبتقديم قول الأب في فرض الرؤية إلى أحد.

الثانية: ما إذا لم يتّفقا على وقوع العقد على امرأة معينة، واتّفقا على عدم التسمية والتعيين حال العقد، فادّعى الأب أنّه نوى تزويج الكبرى وادّعى الزوج أنّه نوى التزويج بالصغيرة، ففي هذه الصورة حكم الشيخ واتباعه وجملة من المتأخّرين بل قيل: إنّه الأشهر، بتقديم قول الأب فيما إذا رآهنّ الزوج، وبالبطلان فيما إذا لم يرهنّ؛ عملاً بصحيحة أبي عبيدة الواردة في هذا الموضوع، وهذا هو الصحيح، وخالف في ذلك الحلّي فحكم بالبطلان على الإطلاق، فإنّه متقضى القاعدة وهو لا يعمل بأخبار الآحاد، واختاره جماعة ممّن تأخّر عنه، ولم ينسب القول بالتحالف في هذه المسألة إلى أحد، بل لا معنى له إذ لا تداعي في المقام حتّى ينتهي الأمر إلى التحالف. (**خوئي**).

٢. لا يترك. (**خميني ـ صانعي ـ لنكراني**).

٣. أو لغير الانصراف من بعض الوجوه. (**لنكراني**).

٤. الظاهر أنّه لا يوجد إطلاق يعمّ نكاح الحمل حتّى يدّعى انصرافه. (**خوئي**).

٥. إلّا في بعض الموارد. (**لنكراني**).

فصل

في مسائل متفرّقة

الأُولى: لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار[1] في نفس العقد، فلو شرطه

---

١. بل لا يصحّ، ويكون باطلاً، بل يكون مبطلاً للعقد على المشهور بين الأصحاب، كما في المتن وفي الجواهر: «بل لا أجد خلافاً في بطلان الشرط بل لعل الإجماع بقسميه عليه»، ثم استدلّ على بطلان الشرط بوجوه درائية مثل أنّ في النكاح شائبة العبادة وليس معاوضة محضة، ولأنّ فسخه منحصر بغيره ولذا لا تجري فيه الإقالة وغير ذلك ممّا ذكره في المسألة الثانية عشر من مسائل الطرف الثالث في الأحكام[أ] وفي المسألة الرابعة من مسائل الفصل الثاني في العقد[ب].

وفي الكلّ ما ترى حيث إنّ شائبة العبادة منتفية بفسخ النكاح بالعيوب الموجبة له، ودليل الانحصار يمكن أن يناقش فيه بأنّ الظاهر نفي الردّ من غير المذكورات من العيوب لا نفي الردّ مطلقاً، وعدم جريان الإقالة لعدم الاحتياج إليها، حيث إنّ ثمرتها تحصل بالطلاق مع تراضيها المعتبرة في الإقالة، ومثل هذه الوجوه غيرها في عدم التمامية التي تظهر للمراجع إليها.

هذا كلّه مع أنّها ليست بأزيد من درايات غير ناهضة لتخصيص عمومات الشروط وإطلاقاتها كما لا يخفى. فمقتضى القواعد والإطلاقات صحّة شرط الخيار فيه كبقية العقود إلّا أن يكون الإجماع على خلافه، بل معه أيضاً لعدم ثبوت تعبدية الإجماع وكاشفيته عن الحجّة، مع أن المسألة مصبّ الاجتهاد والدراية، بل وظاهر عبارة الجواهر مع ما فيه من الدلالة على الشكّ في الإجماع بالتعبير بقوله: «بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه» والشكّ في الإجماع من مثله موهن له دالّ على أنّ الإجماع مدركي، ودون القواعد لا فوقها حيث استدلّ بقوله: «لمعلومية عدم قبول النكاح» كما لا يخفى. (**صانعي**).

(أ) جواهر الكلام ٣١: ١٠٥.

(ب) جواهر الكلام ٢٩: ١٤٩.

بطل، وفي بطلان العقد به قولان، المشهور على أنّه باطل[١]. وعن ابن إدريس أنّه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور، ولا يخلو قوله عن قوّة، إذ لا فرق[٢] بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه، مع أنّ المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد، ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة، كما ترى. وأمّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه، ولكن لابدّ من تعيين مدّته[٣]. وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل. هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر، وأمّا في المتعة، حيث إنّها لا تصحّ بلا مهر، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل[٤].

الثانية: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة فصدّقته، أو ادّعت امرأة زوجيّة رجل فصدّقها، حكم لهما[٥] بذلك في ظاهر الشرع، ويرتّب جميع آثار الزوجية بينهما؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما، ولقاعدة الإقرار، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر، ولا فرق في

---

١. وهو الصحيح، والفرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة هو أنّ اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجية بما قبل الفسخ لا محالة، وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجل معلوم، وهذا بخلاف سائر الشروط الفاسدة، فإنّها بحسب الارتكاز العرفي لا ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلّف، وإنّما ترجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط، ففسادها لا يسري إلى العقد. (**خوئي**).

٢. ودعوى أنّ الفرق هو رجوع اشتراط الخيار إلى تحديد الزوجية بما قبل الفسخ لا محالة، وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجلٍ معلوم، بخلاف سائر الشروط الفاسدة، مدفوعة بمنع رجوع اشتراط الخيار إلى ذلك، فإنّ حقيقة الفسخ تغاير مع الغاية والحدّ، بل هي رفع الأمر الثابت المستمرّ، كيف وإلّا يلزم بطلان البيع ومثله من سائر العقود إذا اشترط الخيار فيها؛ لرجوعه إلى التحديد المنافي لحقيقة البيع ونحوه، فإنّ الدوام وإن لم يكن ملحوظاً فيها، إلّا أنّ التحديد خصوصاً بالأمر المجهول من حيث الوقت ينافيها قطعاً. (**لنكراني**).

٣. فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

٤. بل لا إشكال فيه فإنّه ليس بأزيد من الاشتراط في أصل النكاح. (**صانعي**).

٥. مع الاحتمال. (**خميني ـ صانعي**).

ذلك بين كونهما بلديّين معروفين أو غريبين، وأمّا إذا ادّعى أحدهما الزوجيّة وأنكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدّعي بيّنة، وإلّا فيحلف المنكر، أو يردّ اليمين فيحلف المدّعي ويحكم له بالزوجيّة، وعلى المنكر ترتيب آثاره[١] في الظاهر[٢] لكن يجب على كلّ منهما العمل على الواقع بينه وبين الله، وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة بينهما، لكن المدّعي مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة ولا أُمّ المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها أو أُختها إلّا برضاها، ويجب عليه إيصال المهر إليها[٣]. نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار، وإن كانت هي المدّعية لا يجوز لها التزويج بغيره، إلّا إذا طلّقها[٤] ولو بأن يقول: (هي طالق إن كانت زوجتي)، ولا يجوز[٥] لها السفر[٦] من دون إذنه[٧]، وكذا كلّ ما يتوقّف على إذنه، ولو رجع المنكر إلى الإقرار هل يسمع منه ويحكم بالزوجيّة بينهما؟ فيه قولان،

---

١. بالمقدار المضطرّ إليه مع العلم ببطلان الدعوى كما هو المفروض، فإنّه لو كان المنكر هي الزوجة فالواجب عليها أوّلاً التخلّص منه بإرضائه بالطلاق، أو ترك الوطء من أيّ طريق أمكن ولو ببذل المال، ومع عدم الإمكان يقتصر على مقدار لا يمكن التخلّص منه. ولو كان المنكر هو الزوج فاللازم عليه أوّلاً الطلاق، ولو بأن يقول: «إن كانت هذه زوجتي فهي طالق»، أو تجديد النكاح لو أمكن. (**لنكراني**).

٢. بمقدار لا يمكن التخلّص عنه لو كان عالماً، بخلاف مدّعي الزوجيّة، وإن كان المنكر هو الزوج يجب عليه الطلاق في الظاهر، أو تجديد النكاح مع الإمكان. (**خميني ـ صانعي**).

٣. ولا يجوز لها أخذه، فلو كان الزوج عالماً بالواقعة يجب عليه إيصال المهر بنحو إليها. (**خميني ـ صانعي**).

٤. وأمّا إذا امتنع عن الطلاق فللحاكم الشرعي أن يطلّقها. (**خوئي**).

٥. فيه إشكال، وكذا في غير السفر ممّا يتوقّف على إذنه. (**لنكراني**).

٦. فيه وفيما بعده إشكال. (**خوئي**).

٧. فيه وفيما بعده إشكال بل لا يبعد عدم التوقّف على إذنه. (**صانعي**).

والأقوى السماع[١] إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متّهماً[٢] وإن كان ذلك بعد الحلف، وكذا المدّعي إذا رجع عن دعواه وكذّب نفسه. نعم يشكل[٣] السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البيّنة منه على دعواه، إلّا إذا كذّبت البيّنة أيضاً نفسها.

الثالثة: إذا تزوّج امرأة تدّعي خلوّها عن الزوج فادّعى زوجيّتها رجل آخر، لم تسمع دعواه[٤] إلّا بالبيّنة[٥]. نعم له مع عدمها[٦] على كلّ منهما اليمين، فإن وجّه الدعوى على الامرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها، وإن نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف، لا يكون حلفه حجّة على الزوج وتبقى على زوجيّة الزوج مع عدمها، سواء كان عالماً بكذب المدّعي أو لا وإن أخبر ثقة واحد بصدق المدّعي، وإن كان الأحوط[٧] حينئذٍ طلاقها،

---

١. هذا بالإضافة إلى الحقوق التي ادّعيت عليه، والظاهر أنّه لا يعتبر في سماعه حينئذٍ أن يظهر عذراً لإنكاره وأن لا يكون متّهماً، وأمّا بالإضافة إلى حقوقه على المدّعى ففي سماعه إشكال، وكذلك الحال فيما إذا رجع المدّعي عن دعواه وكذّب نفسه، بلا فرق بين الرجوع قبل إقامة البيّنة والرجوع بعدها. (**خوئي**).

ـ بل ومع عدم الشرطين، خصوصاً إذا كان قبل الحلف، ولا فرق في ذلك بين الحقوق التي ادّعي عليه، وبين الحقوق التي ادّعاها على المدّعي، برجوعه عن الإنكار بعد إقراره على نفسه وعدم تجاوز الحقّ عنهما. (**لنكراني**).

٢. بل الأقوى عدم اعتبار شيء منهما بالنسبة إلى ما عليه، حيث إنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، وأمّا بالنسبة إلى ما له من الحقوق فالظاهر عدم السماع لأنّه إقرار في حقّ الغير وادّعاء بلا دليل. (**صانعي**).

٣. الظاهر أنّه لا إشكال في هذه الصورة أيضاً. (**لنكراني**).

٤. بحيث كانت موجبة للحكم ببطلان الزوجية الفعلية وعدم صحّتها. (**لنكراني**).

٥. والظاهر أنّه حينئذٍ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة، أمّا الزوج فيكفي له عدم علمه بالحال، وأمّا الزوجة فلأنّ اعترافها بالزوجية لا أثر له حتّى يكون لحلفها أثر، وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة. (**خوئي**).

٦. أي عدم البيّنة. (**لنكراني**).

٧. الظاهر أنّ منشأ الاحتياط في هذه الصورة وجود رواية دالّة على تصديق الثقة، لكن المفروض

فيبقى النزاع بينه وبين الزوج، فإن حلف سقط[١] دعواه بالنسبة إليه أيضاً، وإن نكل[٢] أو ردّ اليمين عليه فحلف، حكم له بالزوجيّة إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجيّة بعد الردّ عليه، وإن كان قبل تماميّة الدعوى مع الزوجة فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجّه الدعوى أوّلاً عليه، والحاصل: أنّ هذه دعوى على كلّ من الزوج والزوجة، فمع عدم البيّنة إن حلفا سقط دعواه عليهما، وإن نكلا[٣] أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعاه، وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكلّ حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه، والزوجة لم تحلف بل ردّت اليمين على المدّعي، أو نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج، إلّا أنّه لو طلّقها أو مات عنها ردّت إليه، سواء قلنا إنّ اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أو بمنزلة البيّنة أو قسم ثالث. نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمّى على الزوج إشكال، خصوصاً إن قلنا إنّه بمنزلة الإقرار أو البيّنة.

هذا كلّه إذا كانت منكرة لدعوى المدّعي، وأمّا إذا صدّقته وأقرّت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حقّ الزوج، ولكنّها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحقّ النفقة[٤] على الزوج ولا المهر المسمّى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لأنّها بغيّة بمقتضى إقرارها، إلّا أن تظهر

← فيها ما إذا كان المدّعي ثقة لا ما إذا أخبر ثقة بصدق المدّعي. (**لنكراني**).

١. الظاهر أنّ حلف الزوج إنّما هو على عدم العلم لا على نفي الواقع، كما في حلف الزوجة، وإن كان ظاهر النصّ والأكثر على ما قيل عدم ثبوت هذا الحقّ للمدّعي هنا مطلقاً. (**لنكراني**).

٢. الظاهر عدم ثبوت الحقّ بمجرّد النكول، بل يردّ الحاكم الحلف على المدّعي، فإن حلف يثبت الحقّ والمسألة سيّالة. (**خميني ـ صانعي**).

٣. مرّ الكلام فيه. (**خميني ـ صانعي**).

٤. لعلّه يريد بذلك أنّها لا تستحقّ مطالبة النفقة والمهر لاعترافها بأنّها بغيّة. وأمّا الزوج فيجب عليه النفقة والمهر، فإنّ الحكم بجواز الوطئ مع عدم وجوب النفقة والمهر مخالف للتكليف المعلوم إجمالاً، لكن قيام الحجّة على صحّة العقد يوجب انحلال العلم، فإذا صحّ العقد وجبت النفقة والمهر لا محالة. (**خوئي**).

عذراً في ذلك، وتردّ على المدّعي بعد موت الزوج أو طلاقه، إلى غير ذلك.

الرابعة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوّج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأوّل، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها أو لا، إلّا بعد فراغها من المدّعي؟ وجهان، من أنّها قبل ثبوت دعوى المدّعي خليّة ومسلّطة على نفسها، ومن تعلّق حقّ المدّعي بها وكونها في معرض ثبوت زوجيّتها للمدّعي، مع أنّ ذلك تفويت حقّ المدّعي إذا ردّت الحلف عليه وحلف، فإنّه ليس حجّة على غيرها وهو الزوج، ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى، فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذٍ، وبين غير هذه الصورة، والأظهر الوجه الأوّل[1]، وحينئذٍ فإن أقام المدّعي بيّنة وحكم له بها، كشف عن فساد العقد عليها، وإن لم يكن له بيّنة وحلفت[2] بقيت على زوجيّتها[3]، وإن ردّت اليمين على المدّعي وحلف ففيه وجهان، من كشف كونها زوجة للمدّعي فيبطل العقد عليها، ومن أنّ اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحقّ الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه[4]، فيثمر فيما إذا طلّقها الزوج أو مات عنها، فإنّها حينئذٍ تردّ على المدّعي، والمسألة سيّالة تجري في دعوى الأملاك وغيرها أيضاً والله العالم.

الخامسة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة فأنكرت، وادّعت زوجيته امرأة أُخرى لا يصحّ شرعاً

---

١. بل الأظهر هو التفصيل، فعليه فلا يكشف الفساد فيما كان التراخي موجباً للضرر وكان التزويج لها جائزاً، وذلك لسقوط الدعوى وإقامة البيّنة بنفي الضرر والحرج عليها، وإنّ أردت تفصيل ذلك فعليك بالمراجعة إلى تعليقتنا على تحرير الوسيلة. (**صانعي**).

ـ لعدم تعلّق الحقّ بمجرّد الدعوى قبل ثبوتها، وعدم كون التزويج موجباً للتفويت فيما إذا حلف بعد الردّ عليه؛ لعدم ثبوت الحقّ حاله. (**لنكراني**).

٢. يمكن أن يقال بعدم ثبوت حقّ الحلف للمدّعي في مثل هذه الموارد، وعدم سماع دعواه إلّا مع البيّنة، كما أشرنا إليه في المسألة المتقدّمة. (**لنكراني**).

٣. تقدّم أنّ الحلف لا يتوجّه على الزوجة بعد التزويج كما هو المفروض هنا، حيث لا موضوع لحلفها، فإن موضوعه إنّما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر ولا أثر له في المقام، وبذلك يظهر حال اليمين المردودة. (**خوئي**).

٤. فيه إشكال. (**لنكراني**).

زوجيّتها لذلك الرجل مع الامرأة الأُولى كما إذا كانت أُخت الأُولى أو أُمّها أو بنتها فهناك دعويان إحداهما من الرجل على الامرأة، والثانية من الامرأة الأُخرى على ذلك الرجل، وحينئذٍ فإمّا أن لا يكون هناك بيّنة لواحد من المدّعيين أو يكون لأحدهما دون الآخر أو لكليهما، فعلى الأوّل يتوجّه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان، وكذا إن نكلا[1] وحلف كلّ من المدّعيين اليمين المردودة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدّعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأوّل وثبت مدّعى الثاني، وعلى الثاني وهو ما إذا كان لأحدهما بيّنة ثبت مدّعى من له البيّنة، وهل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى، من حلف المنكر أو ردّه؟ قد يدّعى القطع بالثاني؛ لأنّ كلّ دعوى لابدّ فيها من البيّنة أو الحلف، ولكن لا يبعد[2] تقوية الوجه الأوّل؛ لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة وإذا ثبت بها زوجيّة إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيّة الأُخرى؛ لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجيّة إحداهما بالأمارة الشرعية عدم زوجيّة الأُخرى.

وعلى الثالث فإمّا أن يكون البيّنتان مطلقتين أو مورّختين متقارنتين أو تاريخ إحداهما أسبق من الأُخرى[3]، فعلى الأوّلين تتساقطان ويكون كما لو لم يكن بيّنة أصلاً، وعلى الثالث ترجّح الأسبق إذا كانت تشهد بالزوجيّة من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية[4]،

---

١. لكنّ السقوط في هذه الصورة إنّما هو لأجل عدم إمكان الثبوت، للتعارض الموجب للتساقط. (**لنكراني**).

٢. الأقرب هو الوجه الأوّل. (**خميني**).

ـ بل هو الأقرب لأنّ دعوى الآخر غير قابلة للسماع كما بينه الماتن. (**صانعي**).

ـ محلّ نظر، بل منع. (**لنكراني**).

٣. أو تكون إحداهما مؤرخّة والأُخرى مطلقة. (**لنكراني**).

٤. وتشهد الثانية بنفس وقوع العقد الظاهر في كونه صحيحاً، وأمّا إذا شهدت أيضاً بالزوجية الفعلية فالظاهر وقوع التعارض وإن كانت الأُولى أسبق، وهنا فروض أُخر من جهة اختلاف مستند البيّنتين يختلف فيها الحكم. (**لنكراني**).

وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك، إذا كانت الامرأتان الأُمّ والبنت مع تقدّم تاريخ البنت، بخلاف الأُختين والأُمّ والبنت مع تقدّم تاريخ الأُمّ؛ لإمكان صحّة العقدين، بأن طلّق الأُولى وعقد على الثانية في الأُختين، وطلّق الأُمّ مع عدم الدخول بها، وحينئذٍ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان[1].

---

١. فيه تفصيل. (**خميني**).

ـ تارة يفرض شهادة البيّنتين على العقد، وأُخرى يفرض شهادتهما على الزوجية:

فعلى الأوّل: لا تنافي بينهما إلّا في الأُمّ والبنت وكان تاريخ عقد البنت مقدّماً على تاريخ عقد الأُمّ، وفي مثله تتقدّم البيّنة الأُولى على البيّنة الثانية لأنّها ترفع موضوعها، وأمّا في غير الأُمّ والبنت كما في الأُختين أو فيهما إذا كان تاريخ عقد الأُمّ متقدّماً على عقد البنت، فعندئذٍ لا تنافي بين البيّنتين لإمكان صحّة كلا العقدين معاً إذ من المحتمل أن يطلّق الأُولى ويتزوّج بالأُخرى، وعليه فيؤخذ على طبق البيّنة الثانية فيحكم بصحّة العقد على المرأة الأُخرى لأصالة الصحّة.

وعلى الثاني: فإن كانت البيّنة الأُولى قائمة على زوجية المرأة الأُولى فعلاً فعندئذٍ تسقط من جهة المعارضة مع البيّنة الثانية التي تدلّ على زوجية المرأة الأُخرى، فيكون المرجع في المسألة هو استصحاب بقاء زوجية الأُولى إلّا فيما كانت المعارضة بينهما في الأُمّ والبنت وكانت زوجية البنت متقدّمة على زوجية الأُمّ، فإنّه حينئذٍ كما أنّ البيّنة الثانية تعارض البيّنة الأُولى في البقاء كذلك تعارضها في الحدوث، وعليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقاء زوجية الأُولى.

وأمّا الرواية الواردة في المسألة فهي ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها، وبذلك يظهر ما في قول الماتن قبل أسطر: «ترجح الأسبق إذا كانت تشهد... إلخ»، وإن كانت البيّنة الأُولى قائمة على زوجية المرأة الأُولى فحسب من دون دلالتها على أنّها زوجته فعلاً فعندئذٍ حال هذا الفرض حال الفرض الأوّل. (**خوئي**).

ـ مع فرض إمكان الجمع لا وجه للترديد بين الترجيح والتساقط بل يعمل بكلتا البينتين، نعم لو شهدت كلتاهما بالزوجية الفعلية فلا وجه إلّا التساقط. (**صانعي**).

ـ بعدما كان المفروض عدم شهادة الأسبق بالبقاء إلى زمان الثانية ـ ولازم ذلك الشهادة بنفس وقوع العقد صحيحاً وحدوث الزوجية قبلاً ـ لا مجال للترديد في ترجيح الثانية عليها؛ لإمكان صدقها

←

هذا، ولكن وردت رواية تدلّ على تقديم بيّنة الرجل، إلّا مع سبق بيّنة الامرأة المدّعية، أو الدخول بها في الأُختين، وقد عمل بها المشهور في خصوص الأُختين، ومنهم من تعدّى إلى الأُمّ والبنت أيضاً، ولكن العمل بها حتّى في موردها مشكل[١]؛ لمخالفتها للقواعد وإمكان حملها على بعض المحامل التي لا تخالف القواعد.

السادسة: إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقي نكاحها[٢] على حاله[٣]، ولا إشكال في جواز وطئها[٤]، وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها[٥] وحلّت له بالملك على الأقوى من ملكيّة العبد[٦]، وهل يفتقر وطؤها حينئذٍ إلى الإذن من المولى أو لا؟ وجهان، أقواهما ذلك[٧]؛ لأنّ الإذن السابق إنّما كان بعنوان الزوجيّة وقد زالت بالملك، فيحتاج إلى الإذن الجديد[٨]، ولو اشتراها لا

← واجتماعها مع الأُولى، من دون فرق بين أن تشهد بالزوجية الفعلية، أو بوقوع العقد الظاهر في كونه صحيحاً. (**لنكراني**).

١. لا إشكال فيه، ولا بأس بمخالفتها للقواعد. (**خميني ـ صانعي**).

ـ لا إشكال فيه، ومجرّد المخالفة للقواعد على فرضها لا يمنع عن العمل بالرواية، خصوصاً بعد عمل المشهور بها. (**لنكراني**).

٢. تقدّم أنّ بيع الأمة طلاقها وعلى هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنّه المشتري لها فإن أجاز بقي النكاح، وإلّا انفسخ، وعليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلّا بإجازة المولى. (**خوئي**).

٣. ما لم يفسخ المولى. (**لنكراني**).

٤. وإن كان الأحوط الاستئذان لا بلحاظه بل بلحاظها. (**لنكراني**).

٥. على إشكال. (**لنكراني**).

٦. ملكيّته محلّ تأمّل، كما أنّ بطلان النكاح بها محلّ تأمّل. (**خميني**).

ـ ملكيته محلّ تأمّل لكن الظاهر بطلان النكاح لما في موثّقة سماعة من قوله عليه السلام: «إنّ بيعها طلاقها»[أ] وموردها وإن كانت في اشتراء بعض السهمين لكن عموم التعليل يشمل المورد أيضاً. (**صانعي**).

٧. بل الوجه الثاني قويّ. (**لنكراني**).

٨. نعم إلّا أنّ الإذن في الشراء لنفسه إذن له فيه فلا يحتاج إلى إذن آخر. (**خوئي**).

بقصد كونها لنفسه أو للمولى فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجيّة[١]، وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيّة، وكذا إن اشتراها في الذمّة؛ لانصرافه إلى ذمّة نفسه، وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان.

السابعة: يجوز تزويج امرأة تدّعي أنّها خليّة من الزوج من غير فحص، مع عدم حصول العلم بقولها، بل وكذا إذا لم تدّع ذلك ولكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعيت إليه، بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادّعت طلاقها أو موته. نعم لو كانت متّهمة في دعواها فالأحوط[٢] الفحص[٣] عن حالها، ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته، إذا ادّعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط الترك، خصوصاً إذا كانت متّهمة.

الثامنة: إذا ادّعت امرأة أنّها خليّة، فتزوّجها رجل، ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها. نعم لو أقامت البيّنة على ذلك فرّق بينها وبينه وإن لم يكن هناك زوج معيّن، بل شهدت بأنّها ذات[٤] بعل[٥] على وجه الإجمال.

التاسعة: إذا وكّلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين، لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان، إلّا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفي الظنّ بذلك وإن

---

١. على نحو ما مرّ، وكذا البطلان في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

(أ) وسائل الشيعة ٢١: ١٥٣، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٤٦، الحديث ٢.

٢. والأولى. (**خميني ـ صانعي ـ لنكراني**).

٣. لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها. (**خوئي**).

٤. بأن تشهد بأنّها كانت ذات بعل وتزوّجت من الثاني حين كونها كذلك. (**خميني ـ صانعي**).

٥. أي حين وقوع التزويج. (**لنكراني**).

حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة[١]. نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً؛ لأنّ قول الوكيل حجّة فيما وكّل فيه.

---

١. على الأحوط. (**خميني**).

ـ لا يبعد حجّية قول الثقة وإن لم يحصل الظنّ منه. (**خوئي**).

ـ بل يكفي إخبار الثقة وإن لم يفد الظنّ فضلاً عمّا أفاده، فإنّ خبر الثقة، كما أنّه حجّة في الأحكام الشرعية مع مالها من العظمة، فكذلك في الموضوعات قضاءً لبناء العقلاء فيهما. (**صانعي**).

فصل
في أولياء العقد

وهم: الأب، والجدّ من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعداً، فلا يندرج فيه أب أُمّ الأب والوصيّ[1] لأحدهما[2] مع فقد الآخر، والسيّد بالنسبة إلى مملوكه، والحاكم[3]، ولا ولاية للأُمّ ولا الجدّ من قبلها ولو من قبل أُمّ الأب، ولا الأخ والعمّ والخال وأولادهم.

(**مسألة ١**): تثبت ولاية الأب والجدّ[4] على الصغيرين والمجنون المتّصل جنونه بالبلوغ، بل والمنفصل على الأقوى[5]، ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد، ولا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيّبة، واختلفوا في ثبوتها[6] على البكر الرشيدة على أقوال؛ وهي: استقلال الوليّ، واستقلالها، والتفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأوّل دون الثاني، والعكس، والتشريك بمعنى اعتبار إذنهما معاً، والمسألة

---

١. يأتي الكلام فيه. (**لنكراني**).

٢. المسألة مشكلة، لا يترك فيها الاحتياط. (**خميني**).

ـ مع تصريحهما به ولابدّ له من رعاية المصلحة كالأب والجدّ وأمّا مع الإطلاق فالظاهر عدمه لانصراف الوصية عن مثله. (**صانعي**).

٣. في بعض الموارد، ويأتي الكلام فيه. (**خميني**).

٤. والأُمّ. (**صانعي**).

٥. والأحوط الاستئذان من الحاكم. (**لنكراني**).

٦. بالنسبة إلى الأب والجدّ وأمّا الأُمّ فليست لها هذه الولاية قطعاً لعدم كونها ولاية على الغيّب والقصّر بل تكون على ثبوتها، ولاية خاصّة على الرشيدة. (**صانعي**).

مشكلة[١]، فلا يترك مراعاة الاحتياط[٢] بالاستئذان منهما، ولو تزوّجت من دون إذن الأب أو زوّجها الأب من دون إذنها وجب إمّا إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق. نعم إذا عضلها الولي، أي منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار إذنه، وأمّا إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون عضلاً، بل وكذا لو منعها[٣] من التزويج بغير الكفو عرفاً ممّن في تزويجه غضاضة وعار عليهم وإن كان كفواً شرعياً، وكذا لو منعها من التزويج بكفو معيّن مع وجود كفو آخر، وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها[٤] إلى التزويج.

(**مسألة ٢**): إذا ذهبت بكارتها[٥] بغير الوطء من وثبة ونحوها، فحكمها حكم البكر، وأمّا إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال، ولا يبعد الإلحاق[٦] بدعوى[٧] أنّ المتبادر من البكر من لم تتزوّج، وعليه فإذا تزوّجت ومات عنها أو طلّقها قبل أن يدخل بها، لا يلحقها حكم البكر، ومراعاة الاحتياط أولى[٨].

---

١. وإن كان القول الثاني وهو استقلالها لا يخلو عن قوّة، ومع ذلك فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان من الأب أو الجدّ أيضاً. (**لنكراني**).

٢. الأقوى في المنقطع، وأمّا في الدائم فاستقلالها وعدم الولاية لهما عليها لا يخلو من قوّة، ومن هنا يظهر حكم الفروع الآتية المذكورة. (**صانعي**).

٣. بل ربما يقال بجواز منع الولي عن التزويج بغير الكفؤ عرفاً، وإن لم تكن الولاية ثابتة له بوجه. غاية الأمر أنّها لو خالفت وزوّجت نفسها منه يصحّ نكاحها ولكنّه مشكل، كما أنّ ما في المتن أيضاً كذلك. (**لنكراني**).

٤. بل مع ميلها. (**صانعي**).

٥. يعني عذرتها، وإلّا فالبكارة لا تزول بغير الوطء. (**خوئي**).

٦. بل لا يبعد عدمه، لكن لا يترك الاحتياط فيه وفي تاليه. (**خميني**).

ـ بل هو بعيد، ودعوى التبادر لا أساس لها. (**خوئي**).

ـ لا للدعوى فإنّها غير معلوم، بل معلوم العدم، بل للإستصحاب، ولتعليق الحكم بانتفاء الولاية في بعض الأخبار بالنكاح والتزويج مع أنّه الموافق للاعتبار وحكمة الحكم. (**صانعي**).

٧. الدعوى ممنوعة، بل عدم الإلحاق غير بعيد. (**لنكراني**).

٨. بل لا يترك. (**لنكراني**).

(**مسألة ٣**): لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الأب ولا موته، والقول بتوقّف ولايته على بقاء الأب كما اختاره جماعة ضعيف، وأضعف منه[١] القول بتوقّفها على موته كما اختاره بعض العامّة.

(**مسألة ٤**): لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الأب[٢] أو الجدّ[٣] بعد بلوغها ورشدها، بل هو لازم عليها[٤]، وكذا الصغير على الأقوى[٥]، والقول بخياره في الفسخ والإمضاء ضعيف، وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.

(**مسألة ٥**): يشترط في صحّة تزويج الأب والجدّ[٦] ونفوذه عدم المفسدة[٧]، وإلّا يكون

---

١. بل هو الأوجه، لأنّ ولاية الجدّ في طول ولاية الأب والأُمّ، لا في عرضهما، قضاءً لإطلاق ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ ﴾[(أ)]. وما استدلّ به لتقدّم ولاية الجدّ على ولاية الأب من الأخبار فالظاهر منه أو المنصرف إليه، قضاءً للتعارف في التزويج والخطبة في كونها على البالغة الرشيدة المؤيدة بعدم التقييد بالصغر كونها مربوطة بولاية الأب والجدّ على البالغة الرشيدة التي ليست ولاية حقيقية، وليست مرتبطة بالولاية في المسألة. (**صانعي**).

٢. هذا هو المعروف بل ادّعي فيه عدم الخلاف، إلّا أنّ في رواية صحيحة ثبوت الخيار لها وللصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوّجهما أبواهما حال الصغر، فالاحتياط في هذه الصورة لا يترك. (**خوئي**).

٣. أو الأُمّ. (**صانعي**).

٤. على الأحوط وإن كان عدم اللزوم والخيار لها لا يخلو عن قوّة، وكذا الصغير على الأقوى ومنه يظهر حال اللزوم في المسائل الآتية. (**صانعي**).

٥. وإن ورد في رواية صحيحة ثبوت الخيار لهما إذا زوّجهما الأبوان، لكن النصوص المتظافرة والإجماع المدّعى على عدم الخيار للصغيرة بعد بلوغها توجب حمل الخيار فيها مطلقاً على معنى آخر غير ما هو المصطلح. (**لنكراني**).

٦. والأُمّ. (**صانعي**).

٧. بل وجود المصلحة على الأقوى. (**صانعي**).

(أ) الأنفال (٨): ٧٥.

العقد فضولياً كالأجنبيّ، ويحتمل[١] عدم الصحّة[٢] بالإجازة أيضاً، بل الأحوط مراعاة المصلحة، بل يشكل الصحّة[٣] إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغير، فاختار الأب غير الأصلح لتشهّي نفسه.

(**مسألة ٦**): لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل، أو زوّج الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صحّ العقد والمهر ولزم، وإلّا ففي صحّة العقد وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد أيضاً قولان، أقواهما[٤] الثاني[٥]، والمراد من البطلان عدم النفوذ، بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ، ويحتمل[٦] البطلان[٧] ولو مع الإجازة بناءً على اعتبار وجود المجيز في الحال.

(**مسألة ٧**): لا يصحّ نكاح السفيه[٨] المبذّر[٩] إلّا بإذن الوليّ، وعليه أن

---

١. لكنّه ضعيف. (**خميني ـ صانعي**).

ـ احتمالاً في غاية الضعف، وكذا الإشكال في الصحّة في الفرض الآتي. (**لنكراني**).

٢. لكنّه بعيد، وكذلك الحال في المسألة الآتية. (**خوئي**).

٣. بل الظاهر البطلان لعدم رعاية المصلحة مع وجود الأصلح ظاهراً. (**صانعي**).

٤. الأقوى هو صحّة العقد مع عدم المفسدة، وتوقّف صحّة المهر على الإجازة، ومع عدم الإجازة يرجع إلى مهر المثل. (**خميني**).

٥. فيه تفصيل، فإن كان عدم المصلحة مختصاً بالمهر دون العقد وكان العقد ذا مصلحة فالأقوى الأوّل، ويكون مثل العقد على مهر فاسد كالخمر والخنزير، أمّا إذا وقع العقد أيضاً من غير مصلحة فالأقوى الثاني. (**صانعي**).

ـ إذا كان في نفس العقد مفسدة وإلّا ففيه إشكال، بل لا يخلو القول بصحّة العقد وبطلان المهر بمعنى التوقّف على الإجازة عن قوّة. (**لنكراني**).

٦. مرّ ضعفه. (**خميني ـ صانعي**).

٧. مرّ ضعف هذا الاحتمال في المسألة السابقة. (**لنكراني**).

٨. إذا حجر عليه للتبذير. نعم السفيه المتّصل سفهه بزمان الصغر محجور مطلقاً. (**خميني ـ صانعي**).

٩. الظاهر أنّه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه وفساده، ولأجل ذلك يكون القيد توضيحياً لا احترازياً، حيث إنّ ذلك معنى السفيه في الماليات، وإلّا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد. (**خوئي**).

ـ أي المحجور عليه للتبذير، كما وقع التعبير به في عبارة الشرائع وغيرها. (**لنكراني**).

يعيّن[١] المهر والمرأة، ولو تزوّج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن رأى المصلحة وأجاز صحّ، ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة؛ لأنّه ليس كالمجنون والصبيّ مسلوب العبارة، ولذا يصحّ وكالته عن الغير في إجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الوليّ.

(**مسألة ٨**): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليّات، لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصيّاته، من تعيين الزوجة وكيفية الإمهار ونحو ذلك، فالظاهر كونه كالسفيه[٢] في الماليّات في الحاجة إلى إذن الوليّ وإن لم أر من تعرّض له.

(**مسألة ٩**): كلّ من الأب والجدّ مستقلّ في الولاية[٣]، فلا يلزم الاشتراك ولا الاستئذان من الآخر، فأيّهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محلٌّ للآخر، ولو زوّج كلّ منهما من شخص، فإن علم السابق منهما فهو المقدّم ولغا الآخر، وإن علم التقارن قدّم عقد الجدّ، وكذا إن جهل[٤] التاريخان[٥]، وأمّا إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدّم أيضاً، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدّمه، لكن

---

١. ظاهره وجوب التعيين على الولي، ولازمه صيرورته مفرطاً مع عدم التعيين إذا زوّج بمهر موجب لإتلاف ماله، مع أنّه لم يدلّ عليه دليل، بل اللازم عليه الإذن بما فيه المصلحة وعدم إجازة ما وقع بغيرها. (**لنكراني**).

٢. لا يبعد فيمن اتّصل زمان سفهه بزمان صغره، دون غيره. (**خميني ـ صانعي**).

ـ فيما إذا اتصل سفهه بزمان صغره. (**لنكراني**).

٣. لا ولاية للجدّ فضلاً عن استقلاله مع وجود الأب بل والأُمّ حيث إنّ ولاية الجدّ على نكاح مثل الصغير تكون كولايته على ماله، ومرّ أنّ ولايته في طول ولاية الأب والأُمّ، كما أنّ ولاية الأُمّ في طول ولاية الأب، فإنّ «أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض». (**صانعي**).

٤. الأقوى فيه لزوم إجراء حكم العلم الإجمالي بكونها زوجة لأحدهما. (**خميني**).

ـ لا وجه للتقديم في هذه الصورة، بل اللازم إجراء حكم العلم الإجمالي بكونها زوجة لأحد الرجلين، كما في سائر موارد وجود العلم الإجمالي في البين. (**لنكراني**).

٥. الأقوى فيه لزوم إجراء حكم العلم الإجمالي بكونها زوجة لأحدهما وكذا إن علم تاريخ أحدهما أيضاً. (**صانعي**).

الأظهر[١] تقديم عقد الجدّ؛ لأنّ المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولويّة الجدّ ما لم يكن الأب زوّجها قبله، فشرط تقديم[٢] عقد الأب كونه سابقاً، وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ أولى، فتحصّل: أنّ اللازم تقديم عقد الجدّ في جميع الصور إلّا في صورة معلوميّة سبق عقد الأب، ولو تشاحّ الأب والجدّ فاختار كلّ منهما واحداً قدّم اختيار الجدّ، ولو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً أو يصحّ؟ وجهان، بل قولان، من كونه سابقاً فيجب تقديمه، ومن أنّ لازم أولوية اختيار الجدّ[٣] عدم صحّة خلافه، والأحوط مراعاة الاحتياط، ولو تشاحّ الجدّ الأسفل والأعلى هل يجري عليهما حكم الأب والجدّ أو لا؟ وجهان، أوجههما الثاني[٤]؛ لأنّهما ليسا أباً وجدّاً، بل كلاهما جدّ فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الأب.

(**مسألة ١٠**): لا يجوز للوليّ تزويج المولّى عليه بمن به عيب[٥]، سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أو لا؛ لأنّه خلاف المصلحة. نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز، وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّى عليه[٦] إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه أو إفاقته وعدمه لأنّ المفروض إقدام الوليّ مع

---

١. بل الأظهر تقدّمه، وما تشبّث به غير وجيه. (**خميني**).

٢. ليس في الرواية تعرّض لتقديم عقد الأب حتّى يكون سبقه شرطاً له، بل هي مسوقة لبيان تقديم عقد الجدّ مشروطاً بعدم كون الأب زوّجها قبله، وعليه فالشرط إنّما هو لهذا التقديم، ومع عدم الإحراز لا مجال له، فلا محيص إلّا عن تقديم عقد الأب. (**لنكراني**).

٣. لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر. (**خوئي**).

٤. لا يبعد أوجهيّة الأوّل. (**خميني ـ صانعي**).

ـ الأوجهية ممنوعة، بل لا يبعد دعوى أوجهية الأوّل. (**لنكراني**).

٥. موجب للضرر عرفاً لا مطلق العيب، كنقص بعض الأصابع مثلاً أو زيادته، فإنّه لا يمنع من الصحّة. (**لنكراني**).

٦. على الأحوط وإن كان الخيار له بعد رفع حجره لا يخلو عن قوّة لعدم كون نكاح الولي لازماً كما مرّ. (**صانعي**).

علمه به وجهان، أوجههما الأوّل؛ لإطلاق أدلّة[١] تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله، وعلم الوليّ ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه، وغاية ما تفيد المصلحة إنّما هو صحّة العقد فتبقى أدلّة الخيار بحالها، بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للوليّ أيضاً من باب استيفاء ما للمولّى عليه من الحقّ، وهل له إسقاطه أم لا؟ مشكل، إلّا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك، وأمّا إذا كان الوليّ جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له وللمولّى عليه إن لم يفسخ، وللمولّى عليه فقط إذا لم يعلم به الوليّ إلى أن بلغ أو أفاق، وإن كان من العيوب الأُخر فلا خيار للوليّ، وفي ثبوته للمولّى عليه وعدمه وجهان[٢]، أوجههما ذلك[٣]؛ لأنّه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج، بل يمكن أن يقال: إنّ العقد فضوليّ حينئذٍ، لا أنّه صحيح وله الخيار.

(**مسألة ١١**): مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى.

---

١. مقتضى الإطلاق ثبوت الخيار في حال القصور أيضاً، ولا دلالة فيه على الحدوث بعد البلوغ أو الإفاقة كما هو ظاهر المتن، وعليه فاحتمال ثبوته للولي أيضاً إنّما يكون مورده تلك الحال. وبالجملة الحكم بالحدوث بعد ارتفاع القصور لا يكاد يجتمع مع احتمال الثبوت للولي أيضاً. (**لنكراني**).

٢. لا يبعد أوجهيّة العدم، إذا أعمل الوليّ جهده في إحراز المصلحة، وكشف عدم المصلحة لا تأثير له. (**خميني**).

٣. فيه إشكال بل منع، فإنّ تزويج الأب إن كان نافذاً في حقّه على أساس أنّ المعتبر في ولايته عليه عدم المفسدة فلا يكون عدم المصلحة مانعاً عن نفوذ تصرّفه في حقّه كما مرّ سابقاً، وعليه فلا خيار له، وإن لم يكن نافذاً فالعقد فضولي تتوقّف صحّته على إجازة المولى عليه بعد البلوغ. (**خوئي**).

ـ بل الأوجه الثاني؛ لأنّه بعدما كان المفروض وجود المصلحة في النكاح حاله بحسب نظر الولي لا وجه للخيار، مع عدم كون العيب من العيوب المجوّزة للفسخ، وانكشاف عدم المصلحة لا يؤثّر فيما وقع صحيحاً. ودعوى الفضولية في هذا الفرض ممنوعة جدّاً. (**لنكراني**).

(**مسألة ١٢**): للوصيّ[١] أن يزوّج المجنون[٢] المحتاج إلى الزواج، بل الصغير[٣] أيضاً، لكن بشرط نصّ الموصي عليه[٤]، سواء عيّن الزوجة أوالزوج أو أطلق، ولا فرق بين أن يكون وصيّاً من قبل الأب أو من قبل الجدّ، لكن بشرط عدم وجود الآخر، وإلّا فالأمر إليه.

(**مسألة ١٣**): للحاكم الشرعيّ تزويج من لا وليّ له، من الأب[٥] والجدّ والوصيّ، بشرط الحاجة إليه، أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة.

(**مسألة ١٤**): يستحبّ للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدّها، وإن لم يكونا فتوكّل أخاها، وإن تعدّد اختارت الأكبر.

(**مسألة ١٥**): ورد في الأخبار: أنّ إذن البكر سكوتها عند العرض عليها، وأفتى به العلماء، لكنّها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك.

(**مسألة ١٦**): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين: البلوغ والعقل والحرّية والإسلام إذا كان المولّى عليه مسلماً، فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة، بل الولاية حينئذٍ لوليّهما، وكذا مع فساد عقلهما[٦] بجنون أو إغماء أو نحوه[٧]، وكذا لا ولاية

---

١. في مورد ثبوت الولاية للموصي كالمتّصل جنونه بصغره، والأحوط الذي لا يترك ضمّ إذن الحاكم، وأمّا المجنون الذي عرض جنونه بعد البلوغ فالأقرب أنّ أمره إلى الحاكم حتّى مع وجود الأب والجدّ وإن كان الاحتياط حسن، وأمّا أمر الصغير مشكل، فلا يترك الاحتياط فيه. (**خميني**).

٢. إذا كان جنونه متّصلاً بالصغر؛ لأنّه المسلّم من مورد ثبوت الولاية للموصي، وأمّا مع الانفصال فالأحوط الاستئذان من الحاكم كما في الموصي. (**لنكراني**).

٣. ثبوت الولاية للوصي على الصغير محلّ إشكال وعلى تقديرها لا فرق بين تصريح الموصي وبين إطلاقه، والاحتياط في كلتا الصورتين لا يترك. (**لنكراني**).

٤. إذا لم ينصّ الموصي على الزواج، ولكن كان للوصي التصرّف في مال الصغير بالبيع والشراء، فالاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم لا يترك. (**خوئي**).

٥. والأُمّ. (**صانعي**).

٦. أي وإن لم يكونا صغيرين. (**لنكراني**).

٧. لا تنتقل الولاية عن المالك إلى غيره بالإغماء ونحوه. (**خوئي**).

للأب[١] والجدّ مع جنونهما ونحوه[٢]، وإن جنّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر، وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعّضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً، بل الولاية في الأوّل للحاكم وفي الثاني لمولاه، وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم[٣]، فتكون للجدّ إذا كان مسلماً وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً، والأقوى[٤] ثبوت ولايته على ولده الكافر[٥]، ولا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو إحرام المولّى عليه، سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل. نعم لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوقع العقد بعد الإحلال.

(**مسألة ١٧**): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدّى عمّا عيّنه الموكّل، من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات، وإلّا كان فضوليّاً موقوفاً على الإجازة، ومع الإطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكّل من سائر الجهات، ومع التعدّي يصير فضولياً، ولو وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه؛ للانصراف

---

١. وكذا الأُمّ. (**صانعي**).

٢. إذا كان زمان الإغماء ونحوه بل الجنون أيضاً قصيراً فالظاهر أنّ البكر البالغة لا تستقلّ في أمرها، بل لابدّ لها من الانتظار حتّى يفيق أبوها أو جدّها فتستجيز منه. (**خوئي**).

٣. إذا كان كفره وستره الحقّ مع عناده لعقائد المسلمين عن علم، والسعي في إبطالها مع العلم بحقّانيتها، قضاءً لانصراف أدلّة الولاية عنه، وكونها متهماً في رعاية المصلحة، وأمّا غيره من الكفّار أو غير المسلمين فالظاهر ولايتهم على الولد المسلم قضاءً لإطلاق الأدلّة وإلغاء الخصوصية وأنّ المناط رعاية المصلحة مع ما بينهما من الأبوة والبنوّة و﴿**وَأُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِي كِتابِ اللهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهاجِرِينَ**﴾[أ]. وبذلك يظهر حكم ما فرّعه عليه إلى آخر المسألة. (**صانعي**).

٤. إذا لم يكن له جدّ أو كان ولم يكن مسلماً، وإلّا فدعوى اختصاصها به غير بعيدة. (**لنكراني**).

٥. إذا لم يكن له جدّ مسلم، وإلّا فلا يبعد ثبوت الولاية له دون الأب الكافر. (**خميني**).

ـ فيه إشكال بل منع. (**خوئي**).

(أ) الأنفال (٨): ٧٥.

عنه. نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً بـالعموم أو الإطـلاق[١] جـاز، ومـع التصريح فأولى بالجواز، ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم، بل قد يقال بعدمه حتّى مع التصريح بتزويجها من نفسه؛ لرواية عمّار المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل.

(**مسألة ١٨**): الأقوى صحّة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة، سواء كان فـضولياً مـن أحد الطرفين أو كليهما؛ كان المعقود له صغيراً أو كبيراً، حرّاً أو عبداً، والمراد بالفضوليّ العقد الصادر[٢] من غير الوليّ والوكيل، سواء كان قريباً كالأخ والعمّ والخال وغيرهم أو أجـنبياً، وكذا الصادر[٣] من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الوليّ، ومنه العقد الصادر من الوليّ أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكّل، كما إذا أوقع الوليّ العقد عـلى خـلاف المصلحة[٤] أو تعدّى، الوكيل عمّا عيّنه الموكّل، ولا يعتبر فيه الإجازة الفورية، سواء كـان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به، وإرادة الترويّ أو عدمها أيضاً. نـعم لا تصحّ الإجازة بعد الردّ[٥]، كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة، فمعها يلزم العقد.

(**مسألة ١٩**): لا يشترط في الإجازة لفظ خاصّ، بل تقع بكلّ ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل الدالّ عليه.

(**مسألة ٢٠**): يشترط في المجيز علمه[٦] بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم

---

١. أي من دون انصراف. (**لنكراني**).

٢. في العبارة مسامحة واضحة، من حيث الشمول بظاهرها للعقد الصادر من الزوجـين؛ لأنّـهما غير الولي والوكيل، ومن حيث كون الفضولي وصفاً للعاقد لا للعقد. (**لنكراني**).

٣. وكذا ما إذا لم يصدر العقد منهما، بل وكّلا الغير في العقد لنفسهما. (**لنكراني**).

٤. فيما اعتبر فيه المصلحة. (**لنكراني**).

٥. فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها. (**خوئي**).

٦. العبرة في صحّة العقد إضافته إليه بإجازته ورضاه بذلك العقد حقيقة، ولا يعتبر في ذلك عـلمه بأنّ له ذلك. (**خوئي**).

العقد عليه فرضي به[١] لم يكف في الإجازة. نعم لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز فإن كان على وجه التقييد[٢] لم يكف[٣]، وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً.

(**مسألة ٢١**): الإجازة كاشفة[٤] عن صحّة العقد من حين وقوعه، فيجب ترتيب الآثار من حينه.

(**مسألة ٢٢**): الرضا الباطنيّ التقديريّ لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد إلّا أنّه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً، لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به إلّا أنّه لم يصدر منه قول ولا فعل يدلّ[٥] على رضاه، فالظاهر أنّه من الفضوليّ[٦]، فله أن لا يجيز.

(**مسألة ٢٣**): إذا كان كارهاً حال العقد، إلّا أنّه لم يصدر منه ردّ[٧] له، فالظاهر صحّته

---

١. أي مجرّد الرضا باعتقاد كونه لازماً عليه، وأمّا لو أظهر الرضا بالعقد قولاً أو فعلاً، فلا يبعد كفايته. (**خميني**).

٢. إن أجاز العقد الخارجي وقيّده بذلك على وجه التوصيف، بأن قال: أجزت هذا العقد الذي يجب عليّ إجازته، فلا يبعد كفايته. نعم لو رجع التقييد إلى الاشتراط لا يكفي. (**خميني**).

٣. بل وعلى وجه الداعي أيضاً مع أنّ تصور التقييد في الأُمور الجزئية مشكلة بل غير معقول. (**صانعي**).

٤. المسألة مشكلة لابدّ فيها من الاحتياط. (**خميني**).

ـ مع كونه عالماً ومعتقداً بأنّ الإجازة إجازة على العقد من حينه حيث إنّ الرضا رضىً بذلك العقد في ذلك الزمان فيكون كالرضا الواقع حين العقد وإلّا فالمسألة مشكلة لابدّ فيها من الاحتياط. (**صانعي**).

ـ على إشكال في أصل الكشف، وكذا في نوعه من جهة كونه حقيقياً أو حكمياً. (**لنكراني**).

٥. ولا قرائن قامت على أنّ سكوته إجازة. (**خميني ـ صانعي**).

٦. إلّا أن يكون سكوته قرينة عرفيّة فعليّة على الرضا، فإنّه حينئذٍ يعدّ إجازة. (**لنكراني**).

٧. تقدّم أنّ الردّ لا أثر له. (**خوئي**).

بالإجازة. نعم لو استؤذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك أوقع الفضوليّ العقد يشكل صحّته بالإجازة؛ لأنّه بمنزلة الردّ بعده، ويحتمل صحّته[١] بدعوى الفرق بينه وبين الردّ بعد العقد، فليس بأدون من عقد المكره الذي نقول بصحّته إذا لحقه الرضا وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال.

(**مسألة ٢٤**): لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة، ولا الالتفات إلى ذلك، فلو تخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً وأوقع العقد فتبيّن خلافه يكون من الفضوليّ، ويصحّ بالإجازة.

(**مسألة ٢٥**): لو قال في مقام إجراء الصيغة: زوّجت موكّلتي فلانة مثلاً، مع أنّه لم يكن وكيلاً عنها، فهل يصحّ ويقبل الإجازة أم لا؟ الظاهر الصحّة. نعم لو لم يذكر لفظ فلانة ونحوه كأن يقول: زوّجت موكّلتي، وكان من قصده امرأة معيّنه مع عدم كونه وكيلاً عنها، يشكل صحّته[٢] بالإجازة.

(**مسألة ٢٦**): لو أوقع الفضوليّ العقد على مهر معيّن، هل يجوز إجازة العقد دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلّة والكثرة، فيه إشكال[٣]، بل الأظهر عدم الصحّة في الصورة الثانية[٤]، وهي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر، كما أنّه لا تصحّ الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط.

---

١. هذا الاحتمال بعيد مع سبقه بالنهي، وقريب مع عدم الإذن والسكوت. (**خميني**).

ـ هذا الاحتمال هو الأظهر، حتّى على القول بكون الردّ بعد العقد مانعاً عن الإجازة. (**خوئي**).

ـ هذا الاحتمال هو الأقوى. (**صانعي**).

ـ على قوّة إلّا أن يكون النهي السابق دليلاً عرفياً على الرد بعد العقد، فإنّ الاحتمال حينئذٍ في غاية الضعف، لكن الدلالة العرفية ممنوعة. (**لنكراني**).

٢. لا إشكال فيها إذا كانت المرأة معيّنة بالقرينة. (**خوئي**).

ـ وإن كان الأقرب بعد كون المرأة معيّنة هي الصحّة. (**لنكراني**).

٣. لكن الظاهر هو الصحّة فيهما من حيث إجازة العقد لعدم كون المهر في الدائم من أركان العقد، بل ذكر المهر يكون كذكر الشرط ممّا ينحلّ إليه الإلتزام، فكما لا يكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد فكذا لا يكون عدم إجازة المهر أو إجازته على الاختلاف غير مضرّ للصحّة. (**صانعي**).

٤. بل في الصورة الأُولى أيضاً. (**خوئي**).

(**مسألة ٢٧**): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبيّن كونه وكيلاً، فالظاهر صحّته ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال[١] فيه[٢]. وأمّا لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبيّن كونه ولياً، ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولّى عليه إشكال[٣].

(**مسألة ٢٨**): إذا كان عالماً بأنّه وكيل أو وليّ، ومع ذلك أوقع[٤] العقد بعنوان الفضولية، فهل يصحّ ويلزم أو يتوقّف على الإجازة أو لا يصحّ؟ وجوه[٥]، أقواها عدم الصحّة[٦]؛ لأنّه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليّه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم، وبعبارة أُخرى أوقع العقد متزلزلاً.

---

١. الأقرب عدم الخروج عن الفضولي. (**خميني ـ صانعي**).

٢. بل لا يبعد عدم اللزوم. (**خوئي**).

٣. الظاهر صحّته ولزومه مع مراعاة الغبطة. (**خميني**).

ـ أظهره اللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة. (**خوئي**).

ـ الظاهر صحّته مع مراعاة الغبطة. (**صانعي**).

ـ والأظهر اللزوم من دون إجازة إذا كان واجداً لشرط الصحّة من الولي. (**لنكراني**).

٤. قد مرّ منه أنّه لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية ولا الالتفات إليها، والظاهر جريان هذا في الوكالة والولاية، وأنّه لا يعتبر فيهما القصد ولا الإلتفات، وعليه فلا يبقى محصّل للفرض، بل يتعيّن الصحّة واللزوم. نعم، يمكن إيقاع العقد منهما معلّقاً على رضى جديد من الموكّل، أو من المولّى عليه، أو نفسه متأخّراً، وحينئذٍ فالإشكال فيه إنّما هو من ناحية التعليق. (**لنكراني**).

٥. أقواها الصحّة. نعم لو علّق عقده على رضائه أو رضا موكّله متأخراً جاء فيه إشكال التعليق، ولعل مراده ﷺ هو هذه الصورة. (**خوئي**).

٦. بل الأقوى الصحّة واللزوم ولغويّة قصدها، وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع، ومع تسليمه فكونه موجباً للبطلان محلّ إشكال. (**خميني**).

ـ بل الأقوى الصحّة ولغويّة قصدها، وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع، ومع تسليمه فكونه موجباً للبطلان محلّ إشكال. (**صانعي**).

(**مسألة ٢٩**): إذا زوّج الصغيرين وليّهما، فقد مرّ أنّ العقد لازم عليهما[١] ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه، وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر[٢]، وأمّا إذا زوّجهما الفضوليان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليّهما قبله، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ويترتّب عليها أحكامها من حين العقد؛ لما مرّ[٣] من كون الإجازة كاشفة وإن ردّا أو ردّ أحدهما، أو ماتا[٤] أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحّة من حين الصدور، وإن بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجيّة، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم يكن إجازته للطمع في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يجز أو أجاز ولم يحلف لم يدفع، بل يردّ إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف. هذا إذاكان متّهماً بأنّ إجازته للرغبة في الإرث، وأمّا إذا لم يكن متّهماً بذلك كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممّا يرث أو نحو ذلك، فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

(**مسألة ٣٠**): يترتّب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المرتّبة على الزوجيّة، من المهر وحرمة الأُمّ والبنت[٥] وحرمتها إن كانت هي الباقية على الأب والابن ونحو ذلك،

---

١. مرّ الإشكال فيه، ولكنّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث، لأنّ المفروض صحّة العقد وإن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ. (**خوئي**).

ـ قد مرّ أنّ الخيار لهما وعدم اللزوم لا يخلو عن قوّة. (**صانعي**).

٢. التوارث بينهما ليس بمبتنٍ على لزوم العقد بل لازمة لصحّة العقد كما لا يخفى. (**صانعي**).

٣. قد مرّ الإشكال في الكشف ولزوم الاحتياط، وإن لا يبعد الالتزام به في المقام لأجل النصّ الخاصّ. (**خميني**).

ـ قد مرّ الكلام فيه في المسألة ٢١. (**صانعي**).

٤. في العبارة قصور، حيث إنّ البطلان بالموت ليس كالأثر المترتّب على الإجازة والردّ في التفرّع على البلوغ. (**لنكراني**).

٥. هذه الكلمة من سهو القلم أو غلط النسّاخ. (**خوئي ـ صانعي**).

ـ هو من سهو القلم كما يأتي. (**لنكراني**).

بل الظاهر[١] ترتّب هذه الآثار بمجرّد الإجازة من غير حاجة[٢] إلى الحلف، فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متّهماً لا يرث، ولكن يرتّب سائر الأحكام.

(**مسألة ٣١**): الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر[٣] التعدّي إلى سائر الصور، كما إذا كان أحد الطرفين الوليّ والطرف الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك، ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده وبقي الآخر فإنّه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز، بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين، ولكن الأحوط[٤] الإحلاف في الجميع[٥] بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

(**مسألة ٣٢**): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين، من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقّق إجازة ولا ردّ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم

---

١. بل ظاهر صحيح الحذّاء الوارد في المقام عطف استحقاق المهر على الميراث في الترتّب على الحلف، وهما وإن كانا مشتركين في الاتّهام، إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق بين المهر وبين سائر أحكام الزوجية، مضافاً إلى أنّ الحكم على خلاف القاعدة، ولابدّ من الاقتصار فيه على المتيقّن. نعم، الاحتياط لا ينبغي أن يترك. (**لنكراني**).

٢. الأقرب هو الحاجة إليه في ترتّب الأحكام ظاهراً. (**خميني ـ صانعي**).

٣. بعد الاستفادة من الرواية أنّ الملاك في الحلف هو رفع الاتّهام ـ والمفروض وجوده في المقام ـ لا يبقى مجال لدعوى الظهور، فلا يترك الاحتياط بالإحلاف في الإرث وأخذ المهر، وكذا سائر الأحكام. (**لنكراني**).

٤. لا يترك في ترتّب جميع الأحكام، بل لا ينبغي ترك الاحتياط بالتخليص بالصلح في جميع الصور الخارجة عن النصّ. (**خميني ـ صانعي**).

٥. لا يترك الاحتياط بالإضافة إلى الإرث وإلى أخذ المهر، وأمّا بالإضافة إلى بقيّة الأحكام فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف مع أنّه أحوط. (**خوئي**).

المصاهرات، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أُمّ المرأة وبنتها[١] وأُختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ وبعبارة أُخرى: هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان، أقواهما الثاني إلّا[٢] مع فرض[٣] العلم[٤] بحصول الإجازة بعد ذلك[٥] الكاشفة عن تحقّقها من حين العقد. نعم الأحوط الأوّل؛ لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة. نعم إذا تزوّج الأُمّ أو البنت مثلاً ثمّ حصلت الإجازة كشفت[٦] عن بطلان ذلك[٧].

(**مسألة ٣٣**): إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولاً العقد، ولم يجزه، لا يترتّب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا؛ لعدم حصول الزوجيّة بهذا العقد الغير المجاز وتبيّن كونه كأن لم يكن، وربما يستشكل في خصوص نكاح[٨] أُمّ المعقود عليها، وهو في غير محلّه بعد أن لم يتحقّق نكاح، ومجرّد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنّه لا فرق بينه وبين نكاح البنت[٩]، وكون الحرمة في الأوّل غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني، لا ينفع في الفرق.

---

١. الظاهر أنّه من سهو القلم كما مرّ؛ لعدم ترتّب حرمة البنت على مجرّد العقد، بل تتوقّف على الدخول. (**لنكراني**).

٢. في الاستثناء تأمّل بل منع. (**لنكراني**).

٣. في الاستثناء إشكال بل منع. (**خميني**).

٤. بل مع هذا الفرض أيضاً إذ ليس بأزيد من الإيجاب قبل القبول في الأصيلين. (**صانعي**).

٥. بل مع هذا الفرض أيضاً. (**خوئي**).

٦. بل لا يبقى موقع للإجازة إلّا على تقدير الكشف الحقيقي ببعض معانيه. (**لنكراني**).

٧. فيه منع. نعم يتمّ ذلك على الكشف الحقيقي ببعض معانيه على إشكال فيه أيضاً. (**خوئي**).

٨. وفي نكاح أب المعقود أو ابنه أيضاً. (**لنكراني**).

٩. الأمر وإن كان كذلك في المقام حيث لم يتحقّق عقد قبل الإجازة إلّا أنّ بين نكاح الأُمّ ونكاح البنت فرقاً من جهة أُخرى، وهي أنّ مجرّد نكاح الأُمّ لا يوجب بطلان العقد على البنت، فلو عقد على البنت والحال هذه بطل عقد الأُمّ، وهذا بخلاف عقد البنت فإنّه بمجرّده يوجب بطلان العقد على الأُمّ. (**خوئي**).

(**مسألة ٣٤**): إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد، فتزوّجت من آخر، ثمّ علمت بذلك العقد، ليس لها أن تجيز؛ لفوات محلّ الإجازة، وكذا إذا زوّج رجل فضولاً بامرأة وقبل أن يطّلع على ذلك تزوّج أُمّها أو بنتها أو أُختها ثمّ علم، ودعوى: أنّ الإجازة حيث إنّها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني، كما ترى.

(**مسألة ٣٥**): إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل وزوّجها الوكيل الآخر من آخر، فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح، وإن علم الاقتران بطلا معاً، وإن شكّ في السبق والاقتران فكذلك[1]؛ لعدم العلم بتحقّق عقد صحيح والأصل عدم تأثير واحد منهما وإن علم السبق واللحوق ولم يعلم السابق من اللاحق فإن علم تاريخ أحدهما حكم بصحّته[2] دون الآخر وإن جهل التاريخان[3] ففي المسألة وجوه:

أحدها: التوقيف حتّى يحصل العلم.

الثاني: خيار الفسخ للزوجة.

---

١. مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما يحكم بصحّته دون الآخر. (**خميني**).

ـ إلّا مع العلم بتاريخ أحدهما، فهو أي المعلوم محكوم بالصحّة، وفي بعض الحواشي: استصحاب عدم تحقّق المجهول إلى زمان مقارن للمعلوم لا يترتّب عليه أثر شرعيّ كي يلحق ذلك بمعلوم السبق، كما أفاده غير واحد من أكابر المحشّين؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليّ لا شرعي، بخلاف المسبوق بمثله، حيث إنّ بطلانه شرعي فيستصحب عدم وقوع العقد السابق، فيترتّب عليه عدم البطلان شرعاً، انتهى.

ويرد عليه أنّه لا فرق بين المقارن والمسبوق في كون البطلان شرعيّاً، فإنّ حكم العقل بالبطلان إنّما هو لأجل قيام الدليل الشرعي على امتناع ثبوت الزوجين بالإضافة إلى زوجة واحدة، ومع قطع النظر عن ذلك لا مجال للعقل للحكم بالبطلان، فالملاك موجود في المقامين من دون فرق، مع أنّ استصحاب عدم وقوع العقد السابق إن كان بنحو ليس التامّة فالظاهر عدم جريانه أصلاً، وإن كان بنحو ليس الناقصة فليس له حالة سابقة متيقّنة. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (**خوئي ـ صانعي**).

٣. ولم يحتمل الاقتران وإلّا فيحكم ببطلانهما كما مرّ. (**خميني ـ صانعي**).

الثالث: أنّ الحاكم يفسخ.

الرابع: القرعة، والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير[١]، وكذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأُخرى، أو زوّجه أحدهما بامرأة والآخر ببنتها[٢] أو أُمّها أو أُختها، وكذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل وزوّجها وكيلها من آخر، أو تزوّج بامرأة وزوّجه وكيله بأُخرى لا يمكن الجمع بينهما، ولو ادّعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق، وقال الآخر: لا أدري من السابق، وصدّقت المرأة المدّعي للسبق، حكم بالزوجيّة بينهما؛ لتصادقهما عليها.

---

١. وإن كان الأحوط أن يطلّقها أحد الرجلين فإن شاء الآخر تزوّجها بعقد جديد، وإلّا فالأحوط أن يطلّقها هو أيضاً، وكذلك يراعى الاحتياط في الفروع الآتية. (**خوئي**).

٢. الظاهر أنّ عقد البنت صحيح وعقد الأُمّ باطل كما تقدّم. (**خوئي**).

كتاب الوصيّة

[فصل]

[في معنى الوصيّة وأحكامها وشرائطها]

وهي إمّا مصدر[1] وصى يصي بمعنى الوصل، حيث إنّ الموصي يصل تصرّفه بعد الموت بتصرّفه حال الحياة، وإمّا اسم مصدر بمعنى العهد من وصّى يوصّي توصية، أو أوصى يوصي إيصاء، وهي إمّا تمليكية أو عهدية[2].

وبعبارة أُخرى[3]: إمّا تمليك عين أو منفعة أو تسليط على حقّ أو فكّ ملك أو عهد متعلّق بالغير أو عهد متعلّق بنفسه كالوصيّة بما يتعلّق بتجهيزه، وتنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

---

١. لم يذكر الوصية مصدراً للثلاثي، بل المصدر له هو الوصي (بفتح الواو وسكون الصاد) فيتعيّن أن يكون اسم مصدر من الرباعي، ويبقى حينئذٍ اختلاف الثلاثي والرباعي في المعنى، حيث إنّ الأوّل بمعنى الوصل والثاني بمعنى العهد. ودعوى أنّهما مادّتان متبائنتان ليس بينهما أيّ نوع من الاشتقاق كما في بعض الشروح، مندفعة بما ذكره الزمخشري في أساس البلاغة من قوله: واصَى البلدُ البلدَ: واصله، فإنّها ظاهرة في مجيء الرباعي أيضاً بمعنى الوصل، فلا محيص من أن يقال: إنّ العهد أيضاً نوع من الوصل؛ لتقوّمه بالطرفين وتحقّق اتّصال في البين. (**لنكراني**).

٢. إن كان المراد بالعهد هو العهد المتعلّق بخصوص العمل ـ سواء كان راجعاً إلى الغير أو إلى نفسه ـ فجعل الوصية الراجعة إلى التسليط على الحقّ، أو فك الملك من أقسام الوصية العهدية، كما هو ظاهر العبارة غير ظاهر، وإن كان المراد به هو العهد بالمعنى الأعمّ ممّا يتعلّق بالعمل؛ وهو الذي يعبّر عنه في الفارسية به (سفارش) فجعل التمليكية قسيماً للعهدية غير واضح، إذ حينئذٍ تصير التمليكية من أقسام العهدية أيضاً، ويؤيّده ما أفاده من كونها بمعنى العهد إذا أخذت من الرباعي. (**لنكراني**).

٣. ما ذكره ليس عبارة أُخرى لما سبق؛ لأنّ الوصيّة بالفكّ ليست من القسمين، ولو جعلت العهديّة أعمّ من الفكّ لا تكون الوصيّة إلّا قسماً واحداً، والأمر سهل. (**خميني**).

ـ ما ذكره إنّما يتمّ فيما إذا كان المراد من فك الملك الإيصاء بتحرير عبده مثلاً دون ما إذا كان المراد منه الوصية بكون عبده حرّاً بعد وفاته أو الأعمّ منه ومن الإيصاء بالتحرير فإنّ الوصية على هذا الفرض ليست من القسمين. (**صانعي**).

(**مسألة ١**): الوصيّة العهدية لا تحتاج إلى القبول، وكذا الوصيّة بالفكّ كالعتق، وأمّا التمليكية فالمشهور على أنّه يعتبر فيها القبول[١] جزءً وعليه تكون من العقود[٢]، أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من الإيقاعات، ويحتمل قويّاً عدم اعتبار القبول فيها[٣]، بل يكون الردّ مانعاً، وعليه تكون من الإيقاع الصريح ودعوى: أنّه يستلزم الملك القهريّ وهو باطل في غير مثل الإرث، مدفوعة، بأنّه لا مانع منه عقلاً ومقتضى عمومات الوصيّة ذلك مع أنّ الملك القهريّ موجود في مثل الوقف.

(**مسألة ٢**): بناءً على اعتبار القبول في الوصيّة يصحّ إيقاعه بعد وفاة الموصي بلا إشكال، وقبل وفاته على الأقوى، ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحّته حال الحياة؛ لأنّها تمليك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيّة فلا محلّ له، ولأنّه كاشف أو

---

١. الظاهر أنّ تحقّق الوصية وترتّب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقّف على شيء، لكن حصول الملكية للموصى له يتوقّف على عدم الردّ، بحيث يكون الردّ مانعاً لظهور الإجماع، ولولاه لم يتوقّف عليه أيضاً.

وما أفاده سيّدنا العلّامة الأُستاذ دليلاً على اعتبار القبول، من أنّ أدلّة الوصية غايتها الدلالة على نفوذ عهد الإنسان عند موته فيما كان قبله تحت سلطانه وأنّ سلطنته عليه باقية إذا عهد فيه بأمر، وأمّا كون سلطانه عند موته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل ذلك، كما هو قضيّة الملك القهري فلا تدلّ عليه، يمكن المناقشة فيه بمنع كون أدلّة الوصية غايتها الدلالة على مجرّد ذلك.

كيف والمحذور لا يندفع بمجرّد اعتبار القبول بعد مغائرتها مع سائر العقود في حصول الموت بين الإيجاب والقبول، وتحقّق الفصل الطويل وغيرهما وكون الملك القهري خلاف الارتكاز العرفي غير ثابت، فالظاهر أنّه مع عدم قيام الإجماع لم يكن يتوقّف حصول الملكية على شيء ولم يمنع عنها شيء، كما عرفت. (**لنكراني**).

٢. الظاهر أنّ تحقّق الوصيّة وترتّب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقّف على القبول، لكن تملّك الموصى له متوقّف عليه. فلا يتملّك قهراً، فالوصيّة من الإيقاعات لكنّها جزء سبب لحصول الملك للموصى له. (**خميني ـ صانعي**).

٣. هذا الاحتمال هو الصحيح، بل لا دليل على كون الردّ مانعاً سوى ظهور التسالم عليه فإن تمّ إجماع، وإلّا فلا وجه له أيضاً. (**خوئي**).

ناقل وهما معاً منتفيان حال الحياة، إذ نمنع عدم المحلّ له، إذ الإنشاء المعلّق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له[١]، والكشف والنقل إنّما يكونان بعد تحقّق[٢] المعلّق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

(**مسألة ٣**): تتضيّق الواجبات الموسّعة بظهور أمارات الموت مثل قضاء الصلوات والصيام والنذور المطلقة والكفّارات ونحوها، فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه يجب[٣] الوصيّة بها، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر؛ لوجوب تفريغ الذمّة بما أمكن في حال الحياة وإن لم يجز فيها النيابة وبعد الموت تجري فيها ويجب[٤] التفريغ بها بالإيصاء، وكذا يجب ردّ أعيان[٥] أموال الناس التي كانت عنده كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها، ومع عدم الإمكان يجب الوصيّة بها، وكذا يجب أداء ديون الناس[٦] الحالّة، ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجّلة يجب الوصيّة بها[٧]، إلّا إذا كانت معلومة أو موثّقة بالأسناد المعتبرة، وكذا إذا كان عليه زكاة

---

١. والقياس على بيع ما سيملكه وقبوله مع الفارق. (**لنكراني**).

٢. غاية الأمر عدم ترتّب ثمرة على الكشف والنقل في خصوص هذه الصورة، وهو لا يقدح في أصل المطلب. (**لنكراني**).

٣. إذا كان عنده أموال الناس، أو كان عليه حقوق وواجبات يعلم بها الورثة ويطمئنّ بإيصالهم وتأديتهم على ما هي عليها، لا يجب الإيصاء بها وإن كان أولى بل أحوط. (**خميني ـ صانعي**).

٤. إطلاقه بحيث يشمل صورة العلم بعدم العمل بالوصية مشكل. (**لنكراني**).

٥. أو الوصية بها أو الإشهاد، كلّ ذلك مع عدم علم الورثة بها أو عدم الاطمئنان بردّهم، وإلّا فالظاهر أنّه لا يجب شيء من ذلك. (**لنكراني**).

٦. من دون فرق بين صورة المطالبة وعدمها، كما أنّه لا يختصّ هذا الوجوب بما إذا ظهرت أمارات الموت. (**لنكراني**).

٧. الملاك في مثل المورد هو لزوم فعل كلّ ما له دخل في حصول الفراغ، بحيث يخاف من تركه ذهاب الحقّ وتضييعه، فلا يكفي مجرّد الوصية في تحقّق الموافقة ولا مجرّد العلم في عدم اللزوم. (**لنكراني**).

أو خمس أو نحو ذلك، فإنّه يجب عليه أداؤها أو الوصيّة بها، ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا، إذا احتمل وجود متبرّع أو أداؤها من بيت المال.

(**مسألة ٤**): ردّ الموصى له للوصيّة مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكيّة[١]، وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها، فعلى هذا إذا كان الردّ منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد[٢] القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الردّ أيضاً كذلك، يكون مبطلاً لها؛ لعدم حصول[٣] الملكيّة بعد، وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحّتها؛ لعدم الدليل على اعتباره، وذلك لحصول الملكيّة حينئذٍ له، فلا تزول بالردّ، ولا دليل على كون الوصيّة جائزة بعد تماميّتها بالنسبة إلى الموصى له، كما أنّها جائزة بالنسبة إلى الموصي، حيث إنّه يجوز له الرجوع في وصيّته كما سيأتي.

وظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالرّد عدم صحّة القبول بعده؛ لأنّه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أنّ الأمر كذلك في سائر العقود، حيث

---

١. المعروف بينهم أنّ ردّ الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها، وهو الصحيح، وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول [في التعليقة المتقدّمة]، وأمّا الردّ في سائر العقود فالظاهر أنّه لا يبطلها، فلو قبل بعده صحّت، بل الأمر كذلك في العقد الفضولي أيضاً إن لم يقم إجماع على خلافه. (**خوئي**).

٢. قد عرفت أنّ تحقّق الوصية لا يتوقّف على مثل القبول، ولكن قام الإجماع على أنّ الردّ مانع عن حصول الملكية، والقدر المتيقّن من معقده حصوله بعد الموت وقبل القبول، وفي غيره من الصور تحصل الملكية ولا أثر للردّ أصلاً، ومنه انقدح أنّ الوجه في مانعيّة الردّ هو الإجماع لا أصالة عدم الملكية كما هو ظاهر العبارة، كما أنّ الوجه في عدم المنع في مورده إطلاق أدلّة نفوذ الوصية لا أصالة الملكية كذلك. (**لنكراني**).

٣. هذا بالنسبة إلى الصورة الأُولى مناف لما سبق منه، من قوّة احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكيّة بموت الموصي قبل قبول الموصى له قهراً وإن كان هو الأقوى؛ لما سبق منّا من اعتباره في حصول ملكيّته. نعم لو قيل بأنّ الردّ كاشف عن عدم الملكيّة بالموت يرتفع التنافي، لكنّه ضعيف. (**خميني ـ صانعي**).

إنّ الردّ بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير، وكما في إجازة الفضولي، حيث إنّها لا تصحّ بعد الردّ، لكن لا يخلو عن إشكال[1] إذا كان الموصي باقياً على إيجابه، بل في سائر العقود أيضاً مشكل إن لم يكن إجماع، خصوصاً في الفضولي، حيث إنّ مقتضى بعض الأخبار صحّتها ولو بعد الردّ، ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا كان القبول بعد الردّ، ممنوعة.

ثمّ إنّهم ذكروا: أنّه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياة صحّ، وهو أيضاً مشكل[2] على ما ذكروه من كونه مبطلاً للإيجاب، إذ لا فرق حينئذٍ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت، إلّا إذا قلنا: إنّ الردّ والقبول لا أثر لهما حال الحياة وإنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت، وهو محلّ منع.

(**مسألة ٥**): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صحّ فيما قبل وبطل فيما ردّ، وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً وردّ بعضه الآخر وإن لم نقل بصحّة مثل ذلك في البيع ونحوه، بدعوى عدم التطابق حينئذٍ بين الإيجاب والقبول؛

---

١. فيما إذا كان الموصي باقياً على إيجابه الظاهر منه حال حياته نسب إلى المشهور عدم تأثير الردّ، بل يجوز له القبول بعد حياته، وكيف كان لا يبعد الصحّة بعد الردّ وإن قلنا بالبطلان في الفضولي والإيجاب في سائر العقود، ولا أظنّ تحقّق إجماع في المقام. (**خميني**).

ـ بل منع حيث إنّ بقاء الموصي على إيجابه كافٍ في تحقّق الإيجاب ويكون القبول بعد الإيجاب كذلك كالقبول قبل الردّ وهذا الوجه جارٍ في جميع موارد الردّ إلّا في الإجازة بعد الردّ في الفضولي فإنّ الظاهر بطلان الإجازة وعدم تأثيرها في صحّة الفضولي. (**صانعي**).

ـ ظاهر الإشكال يعطي أنّهم حكموا بإبطال الردّ في حال الحياة أيضاً، مع أنّك عرفت أنّ المتيقّن بل الظاهر من كلماتهم اختصاصه بما بعد الموت. (**لنكراني**).

٢. فيما إذا كان الموجب باقياً على إيجابه ولم يتحقّق منه انصراف ولم تفت الموالاة، وإلّا فلا إشكال في البطلان، ومنه يظهر بطلان القبول بعد الردّ الواقع بعد الموت؛ لعدم بقاء الموجب أصلاً، كما أنّه ظهر من الحاشية السابقة عدم بطلان القبول بعد الردّ مع وقوعهما حال الحياة، لعدم كون الردّ حالها مبطلاً. (**لنكراني**).

لأنّ مقتضى القاعدة[١] الصحّة[٢] في البيع[٣] أيضاً إن لم يكن إجماع، ودعوى عدم التطابق ممنوعة. نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصحّ التبعيض[٤].

(**مسألة ٦**): لا يجوز للورثة التصرّف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين، من القبول أو الردّ، وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجّلاً، إلّا إذا كان تأخيره[٥] موجباً للضرر عليهم، فيجبره الحاكم حينئذٍ على اختيار أحدهما[٦].

(**مسألة ٧**): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الردّ، فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك، فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيّته، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي أو بعد موته، وبين علم الموصي بموته وعدمه، وقيل بالبطلان بموته قبل القبول،

---

١. بل مقتضى القاعدة في البيع البطلان، إلّا في بعض الموارد، كما لو جمع بين أُمور مستقلّة في اللحاظ والقيمة في إنشاء واحد، وأمّا في الوصيّة فالأقوى الصحّة إلّا فيما استثناه. (**خميني**).

٢. بل مقتضى القاعدة البطلان في مثل البيع، خصوصاً في الفرض الثاني وعدم البطلان في الوصية؛ لما عرفت من عدم اعتبار القبول في تحقّقها، بل الردّ مانع عن حصول الملكية لقيام الإجماع، وعليه يمكن أن يقال بعدم البطلان حتّى في الشيء أو البعض المردود؛ لأنّ القدر المتيقّن من مانعية الرد هو ردّ المجموع. (**لنكراني**).

٣. بل مقتضى القاعدة فيه وفي جميع العقود البطلان لعدم صدق العقد مع عدم التطابق كما لا يخفى. نعم لو جمع بين أُمور مستقلّة في اللحاظ والقيمة في إنشاء واحد فالتطابق موجود والعقد صحيح، وأمّا في الوصية فالأقوى الصحّة مطلقاً إلّا فيما استثناه لما مرّ من أنّها إيقاع لا عقد. (**صانعي**).

٤. بل صحّ فيه أيضاً، فإن تمليك المجموع من حيث إنّه مجموع لا محصّل له إلّا أن يكون قبول الوصية في كلّ جزء، أو عدم ردّها على القول بالاعتبار شرطاً في الوصية بالجزء الآخر، وعليه فلا يترتّب على التخلّف إلّا الخيار دون البطلان. (**خوئي**).

ـ عدم الصحّة غير ظاهر. (**لنكراني**).

٥. تأخير الاختيار بما هو لا يوجب الضرر بوجه، بل الموجب على فرضه تأخير الردّ فيما إذا اختاره، وحينئذٍ فلا وجه لإجبار الحاكم. (**لنكراني**).

٦. لا وجه له ولو قلنا باعتبار القبول في صحّة الوصية، إذ لا ضرر على الورثة في التأخير، غاية الأمر أنّه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الردّ. (**خوئي**).

وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أنّ غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل، وبين غيره فلورثته، والقول الأوّل[١] وإن كان على خلاف القاعدة[٢] مطلقاً، بناءً[٣] على اعتبار القبول في صحّتها؛ لأنّ المفروض أنّ الإيجاب مختصّ بالموصى له، وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع، كما أنّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث أيضاً محلّ منع صغرى وكبرى؛ لمنع كونه حقّاً، ومنع كون كلّ حقّ منتقلاً إلى الوارث حتّى مثل ما نحن فيه من الحقّ الخاصّ به الذي لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قوّينا من عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الردّ مانعاً أيضاً، يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له؛ لعدم ملكيّته في حياة الموصي. لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحّة كما هو المشهور، وذلك لصحيحة محمد بن قيس الصريحة في ذلك حتّى في صورة موته في حياة الموصي المؤيّدة بخبر الساباطيّ وصحيح المثنّى، ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد إعراض المشهور عنهما وإمكان حملهما[٤] على محامل منها التقيّة؛ لأنّ المعروف بينهم عدم الصحّة. نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عمّا إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد، بل ربما يقال: إن محلّ الخلاف غير هذه الصورة، لكن الانصراف ممنوع[٥]. وعلى فرضه يختصّ الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي، وإلّا فبناء على

---

١. خبره محذوف يدلّ عليه الكلام. (**لنكراني**).

٢. لا يبعد أن يكون على وفقها، بناءً على ما مرّ في حقيقة الوصيّة. (**خميني**).

ـ بل الحكم فيهما موافق للقاعدة أيضاً؛ لأنّ الموصى له يصير مالكاً ولو بعد موته وملكيته لا يشترط بحياته بعد وفاة الموصي لاعتبار الملكية للميّت والحي. (**صانعي**).

٣. وأمّا بناءً على عدم اعتباره في تحقّق الوصية ـ بل في تحقّق الملكية ـ فليس على خلاف القاعدة؛ لأنّه قبل القبول يكون للموصى له حقّ ماليّ متعلّق بالموصى به، كحقّ التحجير ويرثه الوارث. (**لنكراني**).

٤. بل يمكن الجمع عرفاً بينهما بحسب الدلالة، بحيث لا ينافي الصحّة وقيام الوارث مقام الموصى له بوجه. (**لنكراني**).

٥. نعم، لو قيّد الوصية بحياة الموصى له بعد موت الموصي أو بما يلازمه فاللازم البطلان في المقام، للرواية وللاعتبار. (**لنكراني**).

عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكاً بعد فرض عدم ردّه فينتقل إلى ورثته.

بقي هنا أُمور:

أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصيّة لوارث الوارث أو لا؟ وجوه[١]، الشمول[٢] وعدمه؛ لكون الحكم على خلاف القاعدة، والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حقّ القبول فتشمل، وكونه الأخبار فلا.

الثاني: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم، فهل تبطل، أو تصحّ ويرث الرادّ أيضاً مقدار حصّته، أو تصحّ بمقدار حصّة القابل فقط، أو تصحّ وتمامه للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل، أو بعده فتصحّ بالنسبة إلى مقدار حصّة القابل؟ وجوه[٣].

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميّت ثمّ إليه، أو إليه ابتداء من الموصي؟ وجهان، أوجههما[٤] الثاني[٥]، وربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو

---

١. أقواها الأوّل. (**خميني**).

ـ أقواها الأوّل، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصي على ما مرّ من عدم اعتبار القبول. (**خوئي**).

ـ أقواها الشمول لما مرّ قبيل ذلك من أنّ الحكم على وفق القاعدة. (**صانعي**).

٢. وهو الأقوى على ما ذكرنا. (**لنكراني**).

٣. أقواها الثالث. (**خميني**).

ـ إذا كان موت الموصي قبل الموصى له، فلا ريب في تعين الوجه الثاني على ما مرّ، وأمّا إذا انعكس الأمر فعلى القول باشتراط تملّك الوارث بعدم ردّه فالمتعين هو الثالث، وأمّا على ما قوّيناه من أنّه لا أثر للردّ فيتعين الوجه الثاني أيضاً. (**خوئي**).

ـ أقواها الرابع. (**صانعي**).

ـ أقربها الصحّة في خصوص مقدار حصّة القابل. (**لنكراني**).

٤. لكن القسمة بين الورثة على حسب قسمة المواريث. (**خميني**).

٥. هذا فيما إذا مات الموصى له قبل الموصي، وأمّا في عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصى له على ما مرّ. (**خوئي**).

ـ بل الأقوى الأوّل. (**صانعي**).

ـ لكن لا على النحو الذي يكون الموصى له غير دخيل أصلاً، بل على النحو الذي ذكرنا من انتقال

الحقّ المتعلّق بالموصى به منه إليه، وهو الوجه لصحّة قبوله ولكون التقسيم على حسب الإرث. (**لنكراني**).

ناقلاً فعلى الثاني الثاني وعلى الأوّل الأوّل، وفيه: أنّه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميّت آناً مّا ثمّ إلى وارثه، بل على الأوّل يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصي؛ لأنّه كأنّه هو القابل، فيكون منتقلاً إليه من الأوّل.

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصي، أو الوارث حين موت الموصي، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميّت ثمّ إليه أو كونه موجباً للانتقال إليه أوّلاً من الموصي، فعلى الأوّل الأوّل، وعلى الثاني الثاني؟ وجوه[1].

الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول، فهل ترث زوجته منها أو لا؟ وجهان؛ مبنيّان على الوجهين[2] في المسألة المتقدّمة[3]، فعلى الانتقال إلى الميّت ثمّ إلى الوارث لا ترث، وعلى الانتقال إليه أوّلاً لا مانع من الانتقال إليها؛ لأنّ المفروض أنّها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج، بل وصيّة[4] من الموصي، كما أنّه يبنى على

---

١. الأوجه الأوّل. (**خميني ـ صانعي**).

ـ أوجههما الأوّل. (**خوئي**).

ـ أقربها الأوّل لظاهر الخبر. (**لنكراني**).

٢. الأقوى إخراجهما منه على الوجهين والمتولّي للقبول بالنسبة إلى السهمين هو وصيّ الميّت أو الحاكم، والأحوط ضمّ قبول الورثة إليه. (**خميني**).

ـ مرّ أنّ الظاهر الانتقال إلى الموصى له ومنه إلى الورثة ومن ذلك يظهر حكم بقية ما يتفرّع على الوجهين لكن لا يخفى أنّ المختار تبعاً لبعض الأعلام إرث الزوجة من العرصة والأراضي كإرثها من بقية أموال الميّت. (**صانعي**).

٣. وقد عرفت التفصيل فيها. (**خوئي**).

٤. بالنحو الذي ذكرنا. ودعوى عدم البُعد في الحرمان على هذا التقدير أيضاً، نظراً إلى ظهور أدلّة

الوجهين[١] إخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه، أمّا إذا كانت بما يكون من الحبوة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناءً على الانتقال[٢] إلى الميّت أوّلاً، فمشكل؛ لانصراف الأدلّة عن مثل هذا.

السادس: إذا كان الموصى به ممّن ينعتق على الموصى له، فإن قلنا بالانتقال إليه أوّلاً بعد قبول الوارث فإن قلنا به كشفاً، وكان موته بعد موت الموصي[٣] انعتق عليه وشارك الوارث ممّن في طبقته، ويقدّم عليهم[٤] مع تقدّم طبقته، فالوارث يقوم مقامه في القبول ثمّ يسقط عن الوارثيّة لوجود من هو مقدّم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصي، أو قلنا بالنقل وأنّه حين قبول الوارث ينتقل إليه آناً ما فينعتق، لكن لا يرث إلّا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة، وذلك لأنّه على هذا التقدير انعتق بعد سبق سائر الورثة بالإرث. نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدّد الورثة شاركهم[٥]، وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له، فلا

← الحرمان في الحرمان عن الحقوق التي لا فائدة لها إلّا ملك الأرض أيضاً، ممنوعة، فإنّ تلك الأدلّة لا تشمل غير الأرض بوجه، وعلى تقدير الشمول لا تبعد دعوى الانصراف عن مثل المقام. (**لنكراني**).

١. الظاهر تعيّن الإخراج على كلا الوجهين، وكون المتولّي للقبول بالنسبة إلى السهمين هو وليّ أمر الميّت من الحاكم أو الوصي لو كان في البين، والأحوط ضمّ قبول الوارث، وأحوط منه إمضاؤهم بعد قبولهم، خصوصاً على الوجه الثاني من الوجهين. (**لنكراني**).

٢. وبناءً على صدق الحبوة بمجرّد ذلك. (**لنكراني**).

٣. لا حاجة في هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مرّ، فيحكم بانعتاق الموصى به من الأوّل، وأمّا إذا مات الموصي بعد الموصى له، فلا وجه للانعتاق أصلاً؛ لأنّ الوارث حينئذٍ يتلقّى الموصى به من الموصي دون الموصى له. (**خوئي**).

٤. في غير الكشف الحقيقي، وإلّا فتلزم لغويّة إجازتهم؛ للكشف عن كونهم غير الورثة من أوّل الأمر. (**خميني ـ صانعي**).

ـ من دون فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي. (**لنكراني**).

٥. إذا كان في طبقتهم وإلّا تفرّد. (**لنكراني**).

ينعتق عليه ؛ لعدم ملكه، بل يكون للورثة، إلّا إذا كان ممّن ينعتق عليهم أو على بعضهم، فحينئذٍ ينعتق ولكن لا يرث، إلّا إذا كان ذلك مع تعدّد الورثة وقبل قسمتهم.

السابع : لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكيّة والعهديّة.

(**مسألة ٨**) : اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكيّة كما عرفت، فلا يعتبر[١] في العهديّة[٢]، ويختصّ بما إذا كان لشخص معيّن أو أشخاص معيّنين، وأمّا إذا كان للنوع أو للجهات كالوصيّة للفقراء والعلماء أو للمساجد، فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل[٣] ذلك، أو قيل، ودعوى: أنّ الوصيّة لها ليست من التمليكيّة بل هي عهديّة، وإلّا فلا يصحّ تمليك النوع أو الجهات كما ترى[٤]. وقد عرفت سابقاً قوّة عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنّما يكون الردّ مانعاً وهو أيضاً لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلاً، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فردّ لا تبطل.

(**مسألة ٩**) : الأقوى في تحقّق الوصيّة كفاية كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ، ولا يعتبر فيه لفظ خاصّ، بل يكفي كلّ فعل دالّ عليها حتّى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار، إذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة، فإنّ ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال، فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له، بل يكفي وجود مكتوب منه بخطّه ومهره، إذا علم

---

١ . أي قبول الموصى إليه. وأمّا قبول الموصى له في الوصية العهدية ؛ كما إذا أوصى بأن يعطى زيد مالاً فلا إشكال في اعتباره في تملّكه، وإن كان أصل الوصية عهدياً لا يعتبر فيه قبول الموصى إليه. (**لنكراني**).

٢ . يعني قبول الموصى له في صحّة الوصيّة، وقد مرّ اعتباره مطلقاً، وفي العهديّة لا وجه لاعتباره، وأمّا لو عهد أن يعطي شيئاً بشخص ففي تملّكه يعتبر القبول بلا إشكال. (**خميني**).

٣ . احتمال اعتبار قبول الفقراء أو العلماء بما أنّهم منطبقات الجهات بعيد غايته، لكن احتمال اعتبار قبول الحاكم ليس بذلك البعد وإن كان الأقرب عدمه، كما أنّ بطلانها بردّ الحاكم فيما تقضي مصلحة سياسيّة أو كان في قبولها مفسدة كذلك قريب. (**خميني ـ صانعي**).

٤ . كما أنّ دعوى كونها قسماً ثالثاً مسمّى بالوصية التخصيصيّة ؛ لامتناع تمليك النوع والجهة، وعدم كونها عهديّة أيضاً كذلك. (**لنكراني**).

كونه إنّما كتبه بعنوان الوصيّة، ويمكن أن يستدلّ عليه بقوله عليه السلام: «لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلّا ووصيّته تحت رأسه» بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمّد الهمداني: قال كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطّه ولم يقل لورثته: هذه وصيّتي ولم يقل: إنّي قد أوصيت، إلّا أنّه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان له ولد ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ وغيره».

(**مسألة ١٠**): يشترط في الموصي أُمور:

الأوّل: البلوغ، فلا تصحّ وصيّة غير بالغ. نعم الأقوى وفاقاً للمشهور صحّة وصيّة البالغ عشراً[١]، إذا كان عاقلاً في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم[٢]؛ لجملة من الأخبار المعتبرة، خلافاً لابن إدريس وتبعه جماعة.

الثاني: العقل، فلا تصحّ وصيّة المجنون. نعم تصحّ وصيّة الأدواريّ منه إذا كانت في دور إفاقته، وكذا لا تصحّ وصيّة السكران حال سكره ولا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثمّ جنّ لم تبطل، كما أنّه لو أُغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيّته، فاعتبار العقل إنّما هو حال إنشاء الوصيّة.

الثالث: الاختيار.

الرابع: الرشد[٣]، فلا تصحّ[٤] وصيّة السفيه وإن كانت بالمعروف، سواء كانت قبل حجر الحاكم[٥] أو بعده، وأمّا المفلّس فلا مانع[٦] من وصيّته وإن كانت بعد حجر الحاكم؛

---

١. لكونه أمارة غالبية عقلائية على الرشد الممضاة شرعاً كما يدلّ عليها أخبار الوصية في وجوه البرّ. (**صانعي**).

٢. صحّة وصيته للغرباء محلّ إشكال. (**خوئي**).

ـ صحّة وصيّته للغرباء محلّ نظر بل منع، للرواية. (**لنكراني**).

٣. في اعتباره إشكال والاحتياط لا يترك. (**خوئي**).

٤. محلّ إشكال، خصوصاً إذا كانت بالمعروف وكان قبل حجر الحاكم، بل لا تبعد الصحّة في هذه الصورة. (**لنكراني**).

٥. الأقرب صحّتها قبل حجره، إلّا إذا كان سفهه متّصلاً بصغره. (**خميني ـ صانعي**).

لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدّم الدين على الوصيّة.

الخامس: الحرّية، فلا تصحّ وصيّة المملوك بناءً على عدم ملكه وإن أجاز مولاه، بل وكذا بناءً على ما هو الأقوى[٧] من ملكه؛ لعموم أدلّة الحجر، وقوله: «لا وصيّة لمملوك» بناءً على إرادة نفي وصيّته لغيره لانفي الوصيّة له. نعم لو أجاز مولاه صحّ على البناء المذكور، ولو أوصى بماله ثمّ انعتق وكان المال باقياً في يده صحّت على إشكال[٨]. نعم لو علّقها على الحريّة فالأقوى صحّتها[٩]، ولا يضرّ التعليق المفروض، كما لا يضرّ إذا قال: هذا لزيد إن متّ في سفري، ولو أوصى بدفنه[١٠] في مكان خاصّ لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحّة[١١]، وكذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه، من جرح أو شرب سمّ أو نحو ذلك، فأنّه لا تصحّ وصيّته على المشهور المدّعى عليه الإجماع؛ للنصّ الصحيح الصريح، خلافاً لابن إدريس وتبعه بعض، والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصيّة بالمال، وأمّا الوصيّة بما يتعلّق بالتجهيز ونحوه ممّا لا تعلّق له بالمال فالظاهر صحّتها، كما أنّ الحكم مختصّ بما إذا كان فعل ذلك عمداً لا سهواً أو خطأً وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر، وعلى وجه

---

٦. غاية الأمر أنّه لا يترتّب على وصيّته أثر إلّا في مثل ما إذا خرج حال الموت عن التفليس. (**لنكراني**).

٧. ملكه محلّ إشكال. (**خميني ـ صانعي**).

٨. بل الصحّة ممنوعة. (**خميني ـ صانعي**).

ـ الإشكال قوي فيه وفيما بعده. نعم إذا أجازها بعد العتق صحّت وإن لم يجزها المولى. (**خوئي**).

ـ قويّ، وكذا فيما بعده. (**لنكراني**).

٩. لا تخلو من تأمّل. (**خميني ـ صانعي**).

١٠. محلّ تأمّل فيه وفيما كان من هذا القبيل. (**خميني**).

١١. مشكل. (**لنكراني**).

العصيان لا مثل الجهاد في سبيل الله، وبما لو مات من ذلك، وأمّا إذا عوفي[١] ثمّ أوصى صحّت وصيّته بلا إشكال، وهل تصحّ وصيّته قبل المعافاة، إشكال. ولا يلحق التنجيز بالوصيّة.

هذا، ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثمّ أحدث، صحّت وصيّته وإن كان حين الوصيّة بانياً على أن يحدث ذلك بعدها؛ للصحيح المتقدّم مضافاً إلى العمومات.

(**مسألة ١١**): يصحّ لكل من الأب[٢] والجدّ الوصيّة بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، ولا تصحّ مع وجوده[٣]، كما لا يصحّ ذلك لغيرهما[٤] حتّى الحاكم الشرعي، فإنّه بعد فقدهما[٥] له الولاية عليهم ما دام حيّاً، وليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كلّ من الأب والجدّ مع وجود الآخر ولا ولاية في ذلك للأُمّ[٦]، خلافاً لابن الجنيد، حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة، وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره إلى غير الأب والجدّ وغير الحاكم لم يصحّ[٧]، بل يكون للأب والجدّ مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما. نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصيّ ثمّ يملّكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم من غير أن

---

١. أو أوصى ثمّ عوفي، ولا وجه للإشكال فيه. (**لنكراني**).

٢. والأُمّ. (**صانعي**).

٣. مع وجودهما. (**صانعي**).

٤. بل لغيرهم. (**صانعي**).

٥. بعد فقدهم. (**صانعي**).

٦. بل لها الولاية على التحقيق وولايتها مقدّمة على ولاية الجدّ قضاءً لعموم قوله تعالى ﴿**وَأُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ**﴾(أ). (**صانعي**).

٧. بل لا يبعد الصحّة؛ لعدم المنافاة بين ذلك الجعل وجعل الشارع الولاية لأفراد معينة حيث إنّ جعل الشارع ناظر إلى الولاية بحسب الطبع، وجعل الولاية من الموصي جعل خاص خارج عن الطبع والولاية معروف وبرّ فلا مانع من جعلها الموصي لغير أولياء الشرعي، وبذلك يظهر عدم الإشكال في الصحّة فيما يأتي من الصورتين فإنّهما أولى بالصحّة من هذه الصورة. (**صانعي**).

يملّكهم، يمكن أن يقال[1] بصحته وعدم رجوع أمره إلى الأب والجدّ أو الحاكم.

---

١ . لا إشكال في صحّته في الصورتين . (**خميني**) .

(أ) الأنفال (٨) : ٧٥.

فصل

في الموصى به

تصحّ الوصيّة بكلّ ما يكون فيه غرض عقلائي محلّل، من عين أو منفعة أو حقّ قابل للنقل، ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوّة، فتصحّ بما تحمله الجارية أو الدابّة أو الشجرة، وتصحّ بالعبد الآبق منفرداً ولو لم يصحّ بيعه إلّا بالضميمة، ولا تصحّ بالمحرّمات كالخمر والخنزير ونحوهما، ولا بآلات اللهو[1]، ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات وكلب الهراش، وأمّا كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكيّة ما عدا كلب الصيد، إذ يكفي وجود الفائدة فيها، ولا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق كحقّ القذف ونحوه، وتصحّ بالخمر المتّخذ للتخليل، ولا فرق في عدم صحّة الوصيّة بالخمر والخنزير بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين[2] أو مختلفين؛ لأنّ الكفّار أيضاً مكلّفون بالفروع[3]. نعم هم يقرّون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً، ولا تصحّ الوصيّة بمال الغير ولو أجاز ذلك

---

١. ممّا تكون فائدته ومنفعته منحصرة في الحرام، وأمّا ما فيه المنفعة المحلّله والمحرمة فتصحّ الوصية بها، كما يصحّ بيعها وغيرها من التصرّفات، وبالجملة لا دليل على كون آلات اللهو بما هي هي من المحرّمات، بل حرمتها مختصّة بما حصرت فائدتها بالحرام، كما حقّق في محلّه في المكاسب المحرمة. (**صانعي**).

٢. فيه تأمّل. (**خميني**).

ـ فيه تأمّل وإشكال من جهة الإشكال في فعلية التكاليف في حقّ القاصرين منهم. (**صانعي**).

٣. الحكم ببطلان الوصية بالخمر والخنزير، ولو من الكافر للكافر لعلّه لا يتوقّف على تكليفهم بالفروع. (**خوئي**).

الغير إذا أوصى لنفسه. نعم لو أوصى فضولاً عن الغير احتمل[١] صحّته[٢] إذا أجاز.

(**مسألة ١**): يشترط في نفوذ الوصيّة كونها بمقدار الثلث أو بأقّل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد، إلّا مع إجازة الورثة بلا إشكال، وما عن عليّ بن بابويه من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبة شاذّ، ولا فرق بين أن يكون بحصّة مشاعة من التركة أو بعين معيّنه، ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصّة المجيز فقط، ولا يضرّ التبعيض كما في سائر العقود، فلو خلّف ابناً وبنتاً وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثة إلّا ثلث من ستّة ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستّة.

(**مسألة ٢**): لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكان بقدره أو أقلّ صحّت، ولو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيّته بالثلث سابقاً أو لاحقاً، بطلت[٣] مع عدم إجازة الورثة، بل وكذا إن اتّفق أنّه لم يوص بالثلث أصلاً؛ لأنّ الوصيّة المفروضة مخالف للشرع[٤] وإن لم تكن حينئذٍ زائدة على الثلث. نعم لو كانت في واجب[٥] نفذت؛ لأنّه يخرج من الأصل[٦]، إلّا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

(**مسألة ٣**): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتّى تنفذ، أو لا

---

١. هذا هو الأظهر. (**خوئي**).

٢. بل هذا هو الظاهر، وكذا في الصورة الأُولى لعدم الفرق. (**لنكراني**).

٣. لا يبعد لغويّة قصده وصحّة وصيّته في الثلث ولغويّة الوصيّة الثانية بالثلث، وكذا لا يبعد صحّتها في الفرض الآتي ولغويّة قصده، لكن في الفرعين إشكال لا يترك التخلّص بالاحتياط. (**خميني**).

ـ مع وصيّته بالثلث سابقاً، ومع عدمها فالبطلان محلّ إشكال، ومع عدمها رأساً الظاهر هي الصحّة. (**لنكراني**).

٤. فيه منع ظاهر. (**خوئي**).

٥. مالي دون غيره. (**خميني ـ صانعي**).

٦. مرّ أنّ الواجبات البدنية كالصلاة والصوم لا تخرج من الأصل، وبذلك يظهر حال المسألة الآتية. (**خوئي**).

حتّى يتوقّف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان، ربما يقال بالأوّل، ويحمل عليه ما دلّ من الأخبار على أنّه إذا أوصى بماله كلّه فهو جائز، وأنّه أحقّ بماله ما دام فيه الروح، لكن الأظهر[1] الثاني؛ لأنّ مقتضى ما دلّ على عدم صحّتها إذا كانت أزيد من ذلك، والخارج منه كونها بالواجب، وهو غير معلوم. نعم إذا أقرّ بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل، بل وكذا إذا قال: أُعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاة أو نذراً، أو نحو ذلك وشكّ في أنّها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبي فإنّها أيضاً تخرج من الأصل؛ لأنّ الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما، والظاهر من كلامه اشتغال ذمّته بهما.

(**مسألة ٤**): إذا أجاز الوارث بعد وفات الموصي، فلا إشكال في نفوذها، ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأمّا إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان، أقواهما الأوّل، كما هو المشهور؛ للأخبار المؤيّدة باحتمال كونه ذا حقّ في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقّه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالّة على أن ليس للميّت من ماله إلّا الثلث. هذا، والإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي وليست ابتداء عطيّة من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث، بأن ينتقل إليه بموت الموصي أوّلاً ثمّ ينتقل إلى الموصى له، بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصي من الأوّل.

(**مسألة ٥**): ذكر بعضهم: أنّه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثمّ قالوا: ظنّنا أنّه قليل، قضى عليهم بما ظنّوه، وعليهم الحلف على الزائد، فلو قالوا: ظنّنا أنّه ألف درهم، فبان أنّه ألف دينار، قضى عليهم بصحّة الإجازة في خمسمائة درهم وأحلفوا على نفي ظنّ الزائد[2]، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث البقيّة، وذلك لأصالة[3] عدم تعلّق الإجازة بالزائد وأصالة عدم علمهم بالزائد، بخلاف ما إذا أوصى بعين معيّنة كدار أو عبد،

---

١. الأظهريّة ممنوعة. (**لنكراني**).

٢. بل على نفي احتماله. (**خميني ـ صانعي**).

٣. هذان الأصلان غير أصيلين وإن كان المدّعى حقّاً. (**خميني ـ صانعي**).

فأجازوا، ثمّ ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل، فبان أنّه أزيد بكثير، فإنّه لا يسمع منهم ذلك؛ لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلوم وهو الدار أو العبد، ومنهم من سوّى بين المسألتين في القبول، ومنهم من سوّى بينهما في عدم القبول، وهذا هو الأقوى، أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة كما في سائر المقامات، كما إذا أقرّ بشيء ثمّ ادّعى: أنّه ظنّ كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثمّ ادّعى: أنّه ظنّ كذا، فإنّه لا يسمع منه، بل الأقوى عدم السماع حتّى مع العلم بصدقهم في دعواهم[1]، إلّا إذا علم كون إجازتهم مقيّدة بكونه بمقدار كذا، فيرجع إلى عدم الإجازة، ومعه يشكل السماع[2] فيما ظنّوه أيضاً.

(**مسألة ٦**): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي لا حال الوصيّة، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو أوصى بحصّة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ثمّ نقص، كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصى، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيرة جداً، وقد يقيّد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدّدة والأصل عدم تعلّق الوصيّة بها، ولكن لا وجه له للزوم العمل بإطلاق الوصيّة. نعم لو كان هناك قرينة قطعيّة على عدم إرادته الزيادة المتجدّدة صحّ ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقلّتها، ولو أوصى بعين معيّنة كانت بقدر الثلث أو أقلّ، ثمّ حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة، بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصيّة ثمّ زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ، صحّت

---

١. هذا إنّما يتمّ في مثل الوصية بمعلوم كالعبد والدار، فإنّ الإجازة حينئذٍ تكون نافذة ولو علم مخالفة علم المجيز لما عليه الموصى به من المالية، فإنّ التخلّف حينئذٍ من قبيل تخلّف الداعي وهو لا يضرّ بصحّة الإجازة، وأمّا في مثل الوصية بالنصف مثلاً فالمجاز على تقدير اعتقاد المجيز بأنّ المال ألف درهم فرضاً إنّما هي الوصية بخمسمائة درهم فلا تكون الإجازة نافذة في الزائد، وبذلك يظهر أنّه لا مانع من سماع الدعوى في هذه الصورة، إلّا أنّها محتاجة إلى الإثبات؛ لأنّها مخالفة لظاهر الكلام. (**خوئي**).

٢. لعلّه من سهو القلم، وصحيحه يشكل القضاء. (**خوئي**).

الوصيّة فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معيّن كلّي، كمائة دينار مثلاً.

(**مسألة ٧**): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنه، أو بكلّي كمائة دينار مثلاً، أنّه إذا أتلف من التركة بعد موت الموصي يردّ النقص عليهما أيضاً بالنسبة، كما في الحصّة المشاعة وإن كان الثلث وافياً، وذلك بدعوى: أنّ الوصيّة بها ترجع إلى الوصيّة بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصيّة بحصّة مشاعة، والأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً، ورجوعهما إلى الحصّة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصيّة بالعين المعيّنة.

(**مسألة ٨**): إذا حصل للموصي مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصيّة كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أُخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً، وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها، وكذا إذا أوصى بكلّي كمائة دينار مثلاً، بل لو أوصى ثمّ قتل حسبت ديته من جملة تركته، فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً، بل وإن كان عمداً وصالحوا على الدية؛ للنصوص الخاصّة مضافاً إلى الاعتبار؛ وهو كونه أحقّ بعوض نفسه من غيره، وكذا إذا أُخذ دية جرحه خطأً، بل أو عمداً.